

A Instituição Administrativa e as Teorias do Pluralismo Jurídico

GILLES CISTAC

In Memoriam

Foi professor constitucionalista da universidade Eduardo Mondlane, em Moçambique. Crítico do governo e ativo militante, foi assassinado em 3 de março de 2015 na saída de um café em Maputo, Moçambique.

RESUMO: As teorias do pluralismo jurídico e, em particular, a sua componente institucionalista constituem instrumentos adequados para medir a complexidade da galáxia de estruturas administrativas e as suas relações e fornecer, assim, uma resposta pertinente à relação entre o uno “Administração Pública” e a diversidade de “administrações públicas”. A teoria da instituição administrativa, além das suas imperfeições oferece, para a compreensão do fenómeno da organização administrativa, uma base útil e sólida da sua inteligência.

Palavras-chave: instituição; instituição administrativa; direito disciplinar.



A Instituição Administrativa e as Teorias do Pluralismo Jurídico

GILLES CISTAC¹

INTRODUÇÃO

Quem pode negar que atrás da “Administração Pública” escondem-se várias e complexas “administrações públicas”? Esta simples observação coloca um problema agudo de metodologia: dentro das teorias explicativas do Direito, qual seria a corrente mais relevante para explicar esta relação entre a unidade da “Administração Pública” e a pluralidade de “administrações públicas”? As teorias do pluralismo jurídico e, em particular, a sua componente institucionalista parece constituir instrumentos adequados para medir a complexidade da galáxia de estruturas administrativas e as suas relações e fornecer, assim, uma resposta pertinente à relação entre o uno “Administração Pública” e a diversidade de “administrações públicas”. Porque? Porque a teoria da instituição é, como referenciou JACQUES MOURGEON: “... *uma teoria dos fenómenos de grupo. O grupo é o seu dado. O estudo das relações no grupo e entre grupos é o seu objecto. A descrição do direito do grupo é a sua finalidade*”². Assim, a teoria da instituição, além das suas imperfeições, pode oferecer, para a compreensão do fenómeno da organização administrativa, uma base útil e sólida da sua inteligência.

O instrumento teórico escolhido, convém, em primeiro lugar, aplicá-lo ao fenómeno organizativo administrativo (I), antes de,

1 Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, em Moçambique; Advogado. Fez Doutorado em Direito, Mestrado em Estudos internacionais e Europeus, Mestrado em Direito Público e Licenciou-se em Direito Público, todas titulações obtidas na Universidade de Ciências Sociais de Toulouse, França.

2 MOURGEON, Jacques, *La répression administrative*, col. “Bibliothèque de Droit Public”, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1967, p. 23.

em segundo lugar, aprofundar as relações entre as instituições administrativas e o Direito Administrativo e, mais particularmente, a engenharia das relações inter-institucionais administrativas (II).

I. O FENÓMENO INSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO

Definir a *instituição administrativa* é, essencialmente, responder a duas perguntas: o que é uma instituição? (A) e o que é uma instituição administrativa?(B).

A. O que é uma instituição?

Uma instituição é “... *uma ideia de obra ou de empresa que se realiza e dura juridicamente num meio social; para a realização desta ideia, um poder organiza-se que lhe fornece órgãos; por outro lado, entre os membros do grupo social interessado à realização da ideia, produz-se manifestações de comunhão dirigidas pelos órgãos do poder e regulados por procedimentos*”³. Pois, na sua dimensão epistemológica, a

3 HAURIOU, Maurice, “La théorie de l’institution et de la fondation”, *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1925, n.º 4, p. 10. Sobre a teoria da Instituição de MAURICE HAURIOU, vide, HAURIOU, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 6.ª ed., Paris, Librairie de la Société du Recueil J.-SIREY & du Journal du Palais, 1907, pp. 1-37; HAURIOU, Maurice, *Principes de droit public*, Paris, Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey & du Journal du Palais, 1910, p. 123ss.; TANGUY, Yann, “L’institution dans l’œuvre de Maurice Hauriou. Actualité d’une doctrine”, *RDP-1-1991*, pp. 61-79; BROWDERICK, Albert O.P., “Hauriou’s institutional theory: an invitation to common law jurisprudence”, *The Solicitor Quarterly* vol. 4 n.º4 october 1965, pp. 281-308; MILLARD, Éric, “Hauriou et la théorie de l’institution”, *Droit et Société*, 30/31-1995, pp. 381-412; SALAS, Denis, “Droit et institution: Léon Duguit et Maurice Hauriou”, em, AA. VV., *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Pierre Bouretz, dir., Paris, Éditions Esprit, 1991, pp. 193-214; MARTY, Gabriel, “La théorie de l’Institution”, *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse*, Tome XVI, Fasc. 2, 1968, pp. 29-45; DELOS, Joseph-Théodore, “La Théorie de l’Institution”, *APD*, Cahier n. 1-2, 1931, pp. 97-153; GURVITCH, Georges, “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou”, *APD*, Cahier n. 1-2, 1931, pp. 155-194; GURVITCH, Georges, *L’idée du droit social*, Réimpression de l’Édition Paris 1932, Scientia Verlag Aalen, 1972, pp. 647-710; BRIMO, Albert, “Le doyen Maurice Hauriou et l’État”, *APD*, tome 21. *Genèse et déclin de l’État*, Sirey, 1976, pp. 99-110; TARANTINO, Maria Lucia, “La concezione istituzionale fra filosofia e teoria generale: Georges Renard e Maurice Hauriou”, *Eunomia. Rivista semestrale del Corso di Laureai n Scienze Politiche e delle Relazioni Internazionali*, II n.s. (2013), n.º 2, pp. 29-62.. Sobre a teoria da instituição em geral, vide, BÉNOIT, Francis-Paul, *Le droit administratif français*, Paris, Éditions Dalloz 1968, p. 13ss.; MACCORMICK, Neil e WEINBERGER, Ota, *Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, Ed. Kluwer, L.G.D.J., 1992, 237 p.; MACCORMICK, Neil, *Instituciones del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2011; DUBOUCHET, Paul, “Pour

instituição é: “uma forma social estabelecida na duração”⁴. Por outras palavras, “A instituição é um empreendimento ao serviço de uma ideia, organizada de tal maneira que a ideia sendo incorporada no empreendimento este dispõe de um Poder e de uma duração superiores as dos indivíduos pelos quais ela actua”⁵.

Assim, “Uma organização social é instituída”, escreve MAURICE HAURIUO, “quando o seu poder de realização que está dentro dela é sujeito, numa certa medida, a uma ideia directriz da empresa e, conseqüentemente, a sua função, por mecanismos de autolimitação que facilitam, por um lado, a mentalidade geral expendida na instituição e, por outro lado, os mecanismos internos da instituição ela própria que podem tomar formas jurídicas”⁶. Fundamentalmente, a teoria da instituição é uma “teoria de autolimitação objectiva”⁷.

Três Elementos ou componentes essenciais da definição da instituição, devem ser destacados: a ideia de obra a realizar num

une théorie normative de l’institution”, *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, n.º 3, 1993, pp. 739-756; RENARD, Georges, “Qu’est-ce que le Droit constitutionnel? Le Droit constitutionnel et la Théorie de l’institution”, *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, pp. 485-499; BRETHER DE LA GRESSAYE, Jean, s.v. “Institution”, em, *Répertoire Dalloz de Droit civil*, Tome IV, Paris, Éditions Dalloz, 1973; LEGENDRE, Pierre, *L’amour du censeur. Essai sur l’ordre dogmatique*, col. “Le champ freudien”, Paris, Éditions du Seuil, 1974, 170 p.; ROMANO, Santi, *L’ordre juridique*, Traduction française de la 2.e édition de l’“Ordinamento giuridico”, par Lucien FRANÇOIS et Pierre GOTHOT, col. “Philosophie du Droit”, Paris, Dalloz, 1975, 174 p.; TELLES JUNIOR, Goffredo, *A criação do Direito*, 2ª edição, revista, São Paulo, editora Juarez de Oliveira, 2004, pp. 387-470; BAPTISTA MACHADO, João, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Livraria Almedina, 1999, p. 7ss.; FREDERICKSON, H. George e SMITH, B. Kevin, *The Public Administration Theory Primer*, col. “Essentials of Public Policy and Administration”, Oxford, Boulder, Westview Press, 2003, pp. 67-94.

- 4 MILLARD, Éric, “Hauriou et la théorie de l’institution”, op. cit., p. 384. Uma instituição é uma organização social, isto é, uma organização criada não para um indivíduo isolado mas para categorias ou colectividades de pessoas (HAURIUO, Maurice, *Principes de droit public*, op. cit., p. 130). Do mesmo modo SANTI ROMANO caracteriza a instituição como “corpo social”, *L’ordre juridique*, op. cit., p. 25ss.
- 5 BURDEAU, Georges, *Traité de Science Politique*, Tome II, *L’État*, 2.ª ed., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1967, n.º 187.
- 6 HAURIUO, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, op. cit., p. 41. Vide, também, DELOS, Joseph-Théodore, “La Théorie de l’Institution”, op. cit., p. 100ss.
- 7 HAURIUO, Maurice, *ibid.*, p. XIII. SANTI ROMANO especificou: “*Sans doute, l’État s’autolimité en posant son ordre juridique; mais il est même à tout moment limité, précisément parce qu’il est dès l’origine un ordre juridique. Son autolimitation ne peut être qu’une limitation de plus*”, ROMANO, Santi, *L’ordre juridique*, op. cit., p. 60; BOBBIO, Norberto, *Teoria do Ordenamento Jurídico* (Tradução MARIA CELESTE CORDEIRO LEITE DOS SANTOS), 10ª edição, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 42ss. *Idem*, p. 12.

determinado grupo social (a), o poder organizado posto ao serviço desta ideia para a sua realização (b) e as manifestações de adesão (“comunhão”) que se produzem no grupo social em relação à ideia e da sua realização (c). Esses elementos articulam-se para permitir à instituição permanecer no meio social (d).

B) A ideia de obra a realizar num determinado grupo social

A definição das características da ideia de obra a realizar num determinado grupo social (1.), permitirá delimitar a noção com conceitos afins (2.).

1. As características da ideia de obra a realizar num determinado grupo social

O elemento mais importante de toda instituição corporativa^{8,9} é o da ideia de obra a realizar num determinado grupo social ou

8 Existem dois tipos de instituições, as que se personificam e as que não se personificam. As primeiras integram as instituições tais como Estados, associações, sindicatos, etc. O poder organizado e as manifestações de adesão dos membros do grupo interiorizam-se no quadro da ideia de obra ou empreendimento; como refere MAURICE HAURIUO: “... depois de ter sido o objecto da instituição corporativa, a ideia torna-se o sujeito da pessoa colectiva que se desenvolve no corpo constituído” (HAURIUO, Maurice, “La théorie de l’institution et de la fondation”, op. cit., p. 10; HAURIUO, Maurice, *Principes de droit public*, op. cit., p. 126ss.). Nas instituições da segunda categoria – sem personificação – que MAURICE HAURIUO chamou de “instituições-coisas” (HAURIUO, Maurice, “La théorie de l’institution et de la fondation”, op. cit., p. 10), o elemento de poder organizado e das manifestações de adesão dos membros do grupo não são interiorizados no quadro da ideia de obra, contudo, existem no meio social mas ficam exteriores à ideia. A diferença entre as duas categorias de instituições reside na autonomia ou na ausência de autonomia para cumprir a sua função social (HAURIUO, Maurice, *Principes de droit public*, op. cit., p. 127). A norma jurídica estabelecida socialmente é uma instituição que integra esta segunda categoria; é uma instituição porque como ideia ela se desenvolve e vive no meio social, mas, ela não produz uma “corporação” que lhe seja própria. Por outras palavras, não se produz uma corporação porque não constitui um princípio de acção ou de empresa, mas, pelo contrário, um princípio de limitação; como refere MAURICE HAURIUO: “As normas jurídicas constituem limites transaccionais impostas às pretensões dos poderes individuais e às dos poderes das instituições” (HAURIUO, Maurice, “La théorie de l’institution et de la fondation”, op. cit., p. 8). Outro exemplo de “instituição-coisa” é o “processo”, vide, COUTURE, Eduardo, “Le procès comme institution”, *RIDC*, 1950, Vol. 2, N.º 2, pp. 276-281.

9 A ideia de obra a realizar num determinado grupo social tem uma influência determinante sobre o direito produzido pela instituição porque é em função dela e para ela que o direito disciplinar existe e aplica-se e é para efectivar a sua realização que as competências são determinadas pelo direito estatutário. Vide, supra b), B., II.

para o benefício deste grupo¹⁰. Entre um determinado grupo social e o seu direito existe um relacionamento que é, ao mesmo tempo, da explicação deste grupo e a justificação do seu direito: a ideia ou a obra a realizar; como refere JOSEPH-THÉODORE DELOS: “A Instituição (...) resulta da comunhão dos homens numa ideia”¹¹. É no objectivo de prosseguir uma obra comum a várias individualidades que o grupo organiza-se. É para materializar a obra desejada que o direito do grupo existe, e como refere JACQUES MOURGEON: “... é ao nome da obra que ele se impõe aos membros”¹². Por outras palavras, qualquer corpo constituído existe para a realização de uma obra ou de uma empresa ou empreendimento. Por exemplo, a ideia directriz que anima o Estado como instituição é a da realização das aspirações nacionais: a satisfação do interesse geral ou do bem comum¹³.

10 HAURIU, Maurice, “La théorie de l’institution et de la fondation”, op. cit., p. 12; TANGUY, Yann, “L’institution dans l’œuvre de Maurice Hauriou. Actualité d’une doctrine”, op. cit., p. 67ss.; TELLES JUNIOR, Goffredo, *A criação do Direito*, op. cit., p. 416; MOURGEON, Jacques, *La répression administrative*, op. cit., p. 28. Este último autor integra este conceito no de *missão* (“mission”). Como refere este administrativista: “C’est la mission qui apporte au groupe le sens communautaire qui le cimenter. A la fois justification, moteur et finalité du groupe, elle est le second des éléments principaux de l’institution. Quel que soit son contenu, la mission a pour traits dominants d’être évidemment orientée vers le futur, et d’être caractéristique du groupe. Par le premier aspect, la mission suppose un accomplissement, une entreprise, c’est-à-dire une conjonction de volontés, de comportements et d’efforts vers un but commun. De ce seul fait, elle est, par elle-même, contraignante. Par le second aspect, la mission implique une œuvre intérieure au groupe, accomplie par l’ensemble de celui-ci, et par lui seul: sa force contraignante est donc à la fois générale au groupe et spéciale au groupe”, *ibid.*, p. 29. Além disso, “Ce dernier caractère n’implique pas toujours que le groupe ait procédé lui-même, à la détermination de sa mission. L’hypothèse est certes possible, où les premiers participants de l’institution définissent ses fins, quitte à ce que les continueurs les modifient. Mais, il se peut que la mission soit constamment déterminée, et dès l’origine, par une volonté extérieure à l’institution, et dont celle-ci n’est que l’instrument d’exécution dépourvu d’inspiration propre. C’est le cas, notamment, lorsque l’institution considérée est hiérarchiquement subordonnée à une autre institution. Toutefois, même dans cette circonstance, c’est la mission qui définit le groupe et qui trace les limites de son activité à l’extérieur comme à l’intérieur. Elle est le critère du groupe dont elle détermine la spécialité”, *id.*, *ibid.*

11 DELOS, Joseph-Théodore, “La Théorie de l’Institution”, op. cit., p. 101.

12 MOURGEON, Jacques, *La répression administrative*, op. cit., p. 24.

13 DESWARTE, Marie-Pauline, “Intérêt général, bien commun”, *RDP* 1988, pp. 1289-1313.

Portanto, cada um dos serviços do Estado pode ter interesses específicos, não é menos verdade, que, em último lugar, ele participa sempre e necessariamente à realização do objectivo único que é o do Estado: a utilidade pública¹⁴. Assim, a coerência da instituição funda-se na ideia directriz que está na origem do seu nascimento, isto é, uma ideia a realizar em comum para atingir o objectivo determinado pela instituição e o grau de coesão interna da instituição depende da “...dominação da ideia”¹⁵.

Além disso, a ideia directriz ou a “missão” na terminologia de JACQUES MOURGEON, ordena a estrutura, organizada em função da missão e tomando em conta a sua melhor realização, nomeadamente, é por referência à missão que se determinam e apreciam-se as competências exercidas na instituição, que se trata das dos órgãos, ou das de cada um dos seus membros. Além disso, como refere ainda JACQUES MOURGEON: “É (...) a missão que indica as dimensões do campo de actividade da instituição, e que fundamenta as relações que a instituição é susceptível de ligar com pessoas, que lhe são externas, ou com outras instituições (...). Mais geralmente, a missão faz nascer a estrutura institucional bem como a ordem jurídica institucional, cuja validade fundamenta-se na sua conformidade à missão”¹⁶.

A ideia directriz da instituição identifica-se com o seu objecto¹⁷. A ideia de empresa ou de empreendimento¹⁸ é o objecto

14 DELCROS, Bertrand, *L'unité de la personnalité juridique de l'État (Étude sur les services non personnalisés de l'État)*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976, p. 292.

15 DELOS, Joseph-Théodore, “La Théorie de l'Institution”, op. cit., p. 103.

16 MOURGEON, Jacques, *La répression administrative*, op. cit., p. 30.

17 HAURIU, Maurice, “La théorie de l'institution et de la fondation”, op. cit., p. 14; TANGUY, Yann, “L'institution dans l'œuvre de Maurice Hauriou. Actualité d'une doctrine”, op. cit., p. 71; MILLARD, Éric, “Hauriou et la théorie de l'institution”, op. cit., p. 394; TELLES JUNIOR, Goffredo, *A criação do Direito*, op. cit., p. 417.

18 Como assevera JACQUES MOURGEON: “.. um empreendimento, isto é, uma união de vontades, de comportamentos e de esforços para um objectivo comum”, *La répression administrative*, op. cit., p. 29.

desta empresa ou empreendimento porque “... o empreendimento tem por objecto realizar a ideia”¹⁹; é para ela e com ela que a empresa ou o empreendimento se objectivará e adquirirá uma individualidade social; como refere MAURICE HAURIUO: “É a ideia de empreendimento, com efeito, que desenvolvendo-se nas mentes de um número indeterminado de pessoas, viverá no seu subconsciente, de uma vida objectiva...”²⁰. É porque esta ideia é objectiva que pode suscitar acções ou adesões que têm uma natureza subjectiva.

Não há uma instituição corporativa sem um grupo de interessados²¹ à realização e sucesso da ideia directriz do empreendimento, por exemplo, no Estado, o grupo dos cidadãos. Este grupo de interessados é, com os órgãos do governo, o promotor da ideia do empreendimento. Neste sentido, como refere MAURICE HAURIUO: “... deve-se reconhecer que o grupo dos membros do Estado é, ao mesmo tempo, o dos sujeitos da ideia de Estado e esta observação dá à palavra “sujeito” uma grande profundidade quanto ao seu significado;

19 HAURIUO, Maurice, “La théorie de l’institution et de la fondation”, op. cit., p. 14. Contudo, como realça JACQUES MOURGEON: “Mais il se peut que la mission soit constamment déterminée, et dès l’origine, par une volonté extérieure à l’institution, et dont celle-ci n’est que l’instrument d’exécution dépourvu d’inspiration propre. C’est le cas, notamment, lorsque l’institution considérée est hiérarchiquement subordonnée à une autre institution”, *ibid.*, p. 29.

20 MAURICE HAURIUO desenvolveu com muito cuidado este aspecto determinante da sua teoria da instituição: “A ideia criar-se-á aderentes mais próximos no grupo de pessoas interessadas à realização do empreendimento porque serão accionistas ou sujeitos; mesmo neste grupo, ela será ainda num estado objectivo no subconsciente. (...) Não há dúvida que a ideia objectiva não será classificada em todas as mentes com a mesma interpretação. É preciso distinguir cuidadosamente a ideia (...) e os conceitos subjectivos pelo intermediário dos quais ela é percebida pelas mentes. Cada mente reage sobre a ideia e faz-se um conceito (...). Contudo (...) uma ideia de obra que se desenvolve no meio social possui uma existência objectiva e é esta realidade que lhe permite de passar de uma mente para uma outra e de refractar-se diferentemente em cada um sem contudo se dissolver ou desaparecer”, *ibid.*, p. 15; HAURIUO, Maurice, “De la personnalité como élément de la réalité sociale”, *Revue Générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence en France et à l’Étranger*, Tome XXII, 1898, p. 7ss.; TANGUY, Yann, “L’institution dans l’oeuvre de Maurice Hauriou. Actualité d’une doctrine”, op. cit., p. 70.

21 HAURIUO, Maurice, “La théorie de l’institution et de la fondation”, *ibid.*, p. 16.

*isto quer dizer que cada cidadão traz consigo a ideia de Estado e que ele é o sujeito desta ideia, porque há os riscos e a responsabilidade do seu êxito*²².

Assim, a ideia directriz do empreendimento torna-se acção e concretiza-se no espaço social. É o cervo da teoria da instituição; como refere ÉRIC MILLARD: “... há uma imediação na análise de HAURIUO entre a ideia e a sua realização, entre a razão e a acção. As duas são inseparáveis: não há ideia sem acção, não há acção sem ideia”²³.

2. A delimitação da ideia de obra a realizar num determinado grupo social com conceitos afins

Não se deve confundir a ideia directriz com a noção de objectivo (2.1.) e de função (2.2.).

2.1. Ideia directriz e objectivo

Contudo, a ideia directriz deste corpo constituído - ideia de obra a realizar num determinado grupo social ou para o benefício deste grupo - não deve ser confundida com o objectivo²⁴. Em primeiro lugar, o objectivo de um corpo constituído é externo a este corpo porque é algo a atingir, enquanto a ideia directriz está no interior deste, por exemplo, num Estado democrático, a protecção dos direitos fundamentais do cidadão ou o serviço público na instituição administrativa. Em segundo lugar, na ideia directriz, existe um elemento de acção e de organização que ultrapassa a noção de objectivo²⁵. Por outras palavras, o “objectivo” é estritamente determinado e limitativo, enquanto a “ideia directriz” tem uma

22 Id., *ibid.*; BRIMO, Albert, “Le doyen Maurice Hauriou et l’État”, *op. cit.*, p. 104.

23 MILLARD, Éric, “Hauriou et la théorie de l’institution”, *op. cit.*, p. 393. Nesta perspectiva, GEORGES GURVITCH utilizará o conceito de “idée-action” (“ideia-action”), “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou”, *op. cit.*, p. 155ss.

24 GURVITCH, Georges, *ibid.*, p. 177.

25 HAURIUO, Maurice, “La théorie de l’institution et de la fondation”, *op. cit.*, p. 13.

parte de indeterminação e de virtualidade; como explicita GEORGES GURVITCH: “... *uma capacidade de perpétuo enriquecimento*”²⁶. Quando se diz da ideia de Estado que é a da protecção da comunidade nacional²⁷, a ideia de protecção evoca a de uma determinada organização e de um determinado programa de acção. Pelo contrário, se considera como objectivo do Estado a protecção da comunidade nacional apenas se considera a dimensão do resultado. A diferença entre o programa de acção e o resultado traduz a diferença existente entre a ideia directriz e o objectivo²⁸.

Assim, existe na ideia de obra um elemento de plano de acção, de organização que não consta do objectivo. A ideia directriz ultrapassa o objectivo para ser, ao mesmo tempo, “... *este objectivo (o que se procura atingir), e outra coisa: os meios para alcançá-lo, nomeadamente*”²⁹. Por exemplo, se considera que, a protecção dos direitos fundamentais do cidadão é a ideia de obra a realizar num Estado democrático, conseqüentemente, pode considerar-se que não é o objectivo em si mesmo da democracia. Esta ideia directriz do Estado democrático integra, ao mesmo tempo, um objectivo a atingir, e meios para atingi-los; como refere ERIC MILLARD: “*No enunciado do objectivo (elemento externo), há também, o enunciado dos meios (elementos internos que constituem o Estado porque lhe dá os meios de actuar)*”³⁰. Do mesmo modo, na instituição administrativa pode-se dissociar as prerrogativas do Poder Administrativo que constituem

26 GEORGES GURVITCH acrescenta: “*Le “but” de l’institution est infiniment plus pauvre que son idée directrice; aussi il représente l’élément statique, tandis que l’idée représente l’élément dynamique du mouvement. Le but de l’institution est rattaché à son organisation; c’est “l’organisation (qui) donne aux groupements le but”*”, *Les idées maîtresses de Maurice Hauriou*, op. cit., p. 177,

27 Sobre a ideia geradora de “Estado”, vide, DELOS, Joseph-Théodore, “La Théorie de l’Institution”, op. cit., p. 122.

28 HAURIOU, Maurice, “La théorie de l’institution et de la fondation”, op. cit., p. 13.

29 MILLARD, Éric, “Hauriou et la théorie de l’institution”, op. cit., p. 393.

30 Id., *ibid.*

os meios para realizar a ideia de obra da instituição administrativa que é a própria ideia do serviço público. Por outras palavras, é "... o Poder ao serviço do "público", isto é, ao serviço do interesse geral"³¹. É o que encontra-se consagrado, formalmente, no n.º 1 do Artigo 249 da Constituição: "*A Administração Pública serve o interesse público ...*".

2.2. Ideia directriz e função

Não se pode confundir, também, a ideia de obra a realizar para uma instituição com a função desta. A função corresponde ao que foi realizado, enquanto a ideia de obra ou de empreendimento é virada para o futuro: o que é para fazer, e que é ainda para determinar. A ideia de obra ultrapassa a função acrescentando uma parte de indeterminação³². Por exemplo, a ideia de Estado ultrapassa a noção de "funções do Estado". No Estado, como realça MAURICE HAURIUO, "*A separação dos dois âmbitos é claramente identificada: há o domínio da função que o da administração e do andamento dos serviços, há, também, o domínio da ideia directriz que é o do governo político, o qual trabalha na indeterminação*"³³.

b) O poder organizado posto ao serviço da ideia de obra para a sua realização

O segundo elemento de toda instituição corporativa é a existência de um poder de governo organizado que é para a realização da ideia do empreendimento e ao seu serviço³⁴. É o que MAURICE HAURIUO chamou de "*organização da instituição*"³⁵ como

31 Id., *ibid.*

32 Id., *ibid.*; BRIMO, Albert, "Le doyen Maurice Hauriou et l'État", *op. cit.*, p. 103.

33 HAURIUO, Maurice, "La théorie de l'institution et de la fondation", *op. cit.*, p. 13.

34 Idem, p. 17; TANGUY, Yann, "L'institution dans l'oeuvre de Maurice Hauriou. Actualité d'une doctrine", *op. cit.*, p. 73; TELLES JUNIOR, Goffredo, *A criação do Direito*, *op. cit.*, p. 419.

35 HAURIUO, Maurice, "La théorie de l'institution et de la fondation", *op. cit.*, p. 13.

*“poder organizado”*³⁶. Qualquer que seja a complexidade concebível dos componentes que constituem a estrutura, essa se organiza, inevitavelmente, em virtude de uma necessária relação de autoridade materializada por uma distinção entre autoridades dirigentes e pessoas dirigidas, entre órgãos e membros do grupo social. Simples ou complexa, a estrutura institucional obedece sempre a este esquema, porque uma obra comum a realizar necessita de uma direcção comum³⁷; como refere JACQUES MOURGEON: *“C’est là l’unique caractéristique fondamentale de la structure”*³⁸.

Este poder decorre directamente da ideia de obra ou de empreendimento; existe para a sua realização e está ao seu serviço. Ele deve permitir à ideia de obra de se realizar e, pois, ao empreendimento de se objectivar e adquirir uma dimensão social³⁹. Os fundamentos da organização do poder de governo integram dois princípios fundamentais: o da separação de poderes (1.) e o do regime representativo (2.).

1. O princípio da separação de poderes

A moderação e o equilíbrio do Poder na instituição realizam-se através de uma separação de poderes⁴⁰. Toda separação de poderes

36 Id., *ibid.* Como refere JACQUES MOURGEON: *“... não se pode haver a realização de uma obra colectiva sem um mínimo de organização e de coerção. A estrutura é constituída pela organização dos órgãos motores da instituição e pelas relações que se estabelecem entre eles e os seus membros”*, *La répression administrative*, op. cit., p. 25 e p. 30. De igual modo, BERTRAND RUSSELL, assevera: *“A maior parte dos empreendimentos colectivos só são possíveis se dirigidos por um corpo governativo”*, *O Poder. Uma nova análise social*, 2.^a Edição, Lisboa, Editorial Fragmentos, 1993, p. 18.

37 MOURGEON, Jacques, *ibid.*, p. 30

38 Id., *ibid.*

39 MILLARD, Éric, *“Hauriou et la théorie de l’institution”*, op. cit., p. 394.

40 A moderação deste Poder não significa a inexistência de constrangimentos sobre todos os membros do grupo; como refere MAURICE HAURIOU: *“... toda instituição é coerciva e disciplinar, não só o Estado nacional com a sua polícia, as suas forças armadas, as suas leis e regulamentos, mas qualquer associação (...) com suas penalidades que constam dos seus estatutos e a necessidade de cumprir com as decisões do seu órgão dirigente”*, *Principes de droit public*, op. cit., pp. 132-133. Vide, as observações

é uma separação de competências. Este caracteriza a *incorporação*⁴¹. Esta separação de poderes implica, ao mesmo tempo, a existência de vários órgãos e um processo de concertação para exercer o mesmo Poder; como refere MAURICE HAURIOU: “É a esta separação dos poderes que origina uma separação mais grande ainda dos órgãos, que o poder deve de não ser uma simples força, de ser, pelo contrário, um poder de direito susceptível de criar direito; as separações garantem a supremacia das competências sobre o poder de dominação para o qual, sem esta precaução, os órgãos seriam levados”⁴². Contudo, a separação de poderes na teoria de MAURICE HAURIOU não corresponde à clássica separação de poderes desenvolvida, por exemplo, por MONTESQUIEU⁴³.

MAURICE HAURIOU distingue três elementos: a competência intuitiva da decisão executória, a competência discursiva do poder deliberativo e o poder de sufrágio ou poder de assentimento⁴⁴. A competência intuitiva da decisão executória corresponde ao poder de uma minoria, que tem a intuição da ideia, e que actua, normativamente, pelo meio de uma decisão que tem vocação a ser executada (“executória”); como refere ÉRIC MILLARD: “Está-se, ainda, numa lógica da intuição e do irracional que permitirá a passagem da descoberta minoritária à realização maioritária”⁴⁵. A competência discursiva traduz o facto de que a ideia, tal como é percebida pelo Poder Executivo, será submetida a um debate. Contudo, está-se ainda

de PIERRE LEGENDRE sobre “a censura” para apreciar uma dimensão desta coerção, *L’amour du censeur. Essai sur l’ordre dogmatique*, op. cit., p. 37ss. Os equilíbrios sociais são inumeráveis nas sociedades políticas modernas. No âmbito do Estado, pode-se verificar, por exemplo, o equilíbrio, ainda imperfeito em Moçambique, entre a Administração central e as administrações locais descentralizadas.

41 Vide, infra d).

42 HAURIOU, Maurice, “La théorie de l’institution et de la fondation”, op. cit., p. 18.

43 Sobre a doutrina da separação dos poderes de MONTESQUIEU, vide, FREITAS DO AMARAL, Diogo, *História das ideias políticas (Apontamentos)*, Vol. II, Lisboa, 1997, p. 25ss.

44 HAURIOU, Maurice, “La théorie de l’institution et de la fondation”, op. cit., p. 17.

45 MILLARD, Éric, “Hauriou et la théorie de l’institution”, op. cit., p. 395.

na esfera minoritária; não é o grupo de debate, mas uma minoria de sujeitos que têm consciência da ideia⁴⁶. O sufrágio ou o assentimento faz transitar a ideia da esfera minoritária para o grupo maioritário. O grupo ou a “massa” não tem possibilidade de acção, mas apenas uma faculdade de reacção; este não pode realmente debater sobre uma ideia, nem mesmo a formular colectivamente; ela pode apenas reagir positivamente ou negativamente, aprovar ou rejeitar uma vez esta debatida ou posta em forma. Os diversos processos de revisões constitucionais no País permitem ilustrar claramente esta sequência.

Contudo, a separação de poderes não é sociologicamente necessária e não corresponde a determinadas situações concretas. De facto esta não condiciona o surgimento do facto institucional mas pode constituir um fenómeno preparatório à personificação. A separação de poderes implica um desenvolvimento e um aperfeiçoamento já avançados da instituição⁴⁷, conseqüentemente, pode existir um fenómeno institucional sem chegar, ainda, a concretização de uma separação de poderes; até MAURICE HAURIOU o reconheceu explicitamente através do que qualificou de “autómato social”. Um “autómato social” é “... *uma instituição que funciona pela acção convergente dos elementos da sua organização interna, constituída apenas por um sistema de órgãos, os quais são unicamente indivíduos ou grupos de indivíduos*”⁴⁸ o que constitui uma “individualidade objectiva”⁴⁹.

O Direito Administrativo, em particular, fornece vários exemplos de “autómatos sociais”. Numerosos serviços públicos constituem instituições a individualidade objectiva que não

46 Id., *ibid.*

47 MOURGEON, Jacques, *La répression administrative*, op. cit., p. 30 nota de rodapé n.º 23.

48 HAURIOU, Maurice, *Principes de droit public*, op. cit., p. 645.

49 Id., *ibid.*; TELLES JUNIOR, Goffredo, *A criação do Direito*, op. cit., p. 436; ROMANO, Santi, *L'ordre juridique*, op. cit., p. 23.

possuem uma personalidade subjectiva e que funcionam, apesar disso, com um automatismo perfeito. Os ministérios são os exemplos paradigmáticos deste fenómeno. Apesar do facto de não constituir uma pessoa colectiva, essas entidades constituem individualidades políticas e administrativas muito acentuadas. Esta individualidade política e administrativa é reconhecida como tal pelo ordenamento jurídico. Por exemplo, disposições legislativas e regulamentares relacionadas a instituição e à organização de cada ministério lhe reconhecem uma individualidade (por exemplo, o Regulamento Interno ou orgânico de um determinado ministério⁵⁰). Consequentemente, o centro de interesses, o poder de decisão, as funções pertencem, na realidade, à individualidade objectiva deste⁵¹.

2. O princípio do regime representativo

O regime representativo é uma organização do Poder que permite aos órgãos da instituição expressar a vontade do corpo constituído. O pressuposto necessário é de que o Poder de governo de uma instituição corporativa actua ao nome do corpo e que as suas decisões pudessem estar consideradas com as do corpo inteiro. O corpo não é nada sem os seus órgãos e apenas pode querer através deles, mas é preciso que aqueles queiram para ele e não para eles próprios⁵². Como resolver este problema? É o recurso ao princípio representativo que permite construir uma solução adequada. Contudo, se o fenómeno é claramente descrito por MAURICE HAURIOU, o termo “representação” ou “representativo”

50 Por exemplo, Diploma Ministerial n.º 2228/2011: Aprova o Regulamento Interno do Ministério dos Combatentes e revoga o Diploma Ministerial n.º 96/2001, de 6 de Junho, B.R., 21 de Setembro de 2011, I Série – N.º 38; Diploma Ministerial n.º 160/2006: Publica o Estatuto Orgânico do Ministério da Administração Estatal e revoga o Diploma Ministerial n.º 110/2006, de 24 de Maio, B.R., 25 de Outubro de 2006, I Série – N.º 43.

51 HAURIOU, Maurice, *Principes de droit public*, op. cit., p. 646.

52 HAURIOU, Maurice, “La théorie de l’institution et de la fondation”, op. cit., p. 18.

pode suscitar legítimas questões para qualificar esta operação. Com efeito, como refere GEORGES BURDEAU: *“A ideia tomou um ascendente tal sobre os indivíduos que as suas vontades fazem um com ela. Consequentemente, é errado ver nesta solidariedade do Poder e da ideia um fenómeno de representação. A representação, com efeito, pressupõe duas vontades, concordantes sem dúvida, mas distintas. Porém, na instituição, esta dualidade não aparece: como agentes do governo da empresa os indivíduos não têm vontade própria, eles não são estranhos em relação a ela; eles fazem um com ela; eles são a ideia ela própria cujo eles exteriorizam a energia construtiva”*⁵³. Assim, se o fenómeno é real a sua qualificação pode ser efectivamente debatida.

O princípio representativo depende da ideia de obra a realizar. Existe uma ligação necessária entre as duas noções. Esta ideia directriz é comum aos órgãos de governo e aos membros do grupo. Toda a técnica da organização representativa consiste em assegurar nos factos a realidade desta visão comum, de forma continua⁵⁴.

Contudo, os limites impostas por MAURICE HAURIUO ao conceito de *Instituição* nomeadamente aqueles que contribuem para restringir o uso do conceito para um determinado tipo de organização social tendo atingido um determinado grau de desenvolvimento e de perfeição foi posta em causa por autores como SANTI ROMANO que argumentou no sentido de que *“Ao lado das instituições que ele chama de corporativas, existe outras que têm, também, todas as características para serem recebidas pelo sistema jurídico porque elas têm uma existência própria, independente da de determinados indivíduos, e que beneficiam de uma autonomia mais ou menos lata”*⁵⁵.

53 BURDEAU, Georges, *Traité de Science Politique*, Tome II, op. cit., n.º 188.

54 HAURIUO, Maurice, “La théorie de l’institution et de la fondation”, op. cit., p. 18.

55 ROMANO, Santi, *L’ordre juridique*, op. cit., p. 23. Para este autor, *“Hauriou, seguramente, deixou-se levar pela ideia de conceber as suas instituições à imagem e à semelhança da mais importante dentre elas, o Estado, mais precisamente o Estado moderno, quando tratava-se apenas desenhar uma figura geral cujos caracteres contingentes podem variar e, de facto, variam no infinito”*, id., ibid.

c) As manifestações de adesão que se produzem no grupo social em relação à ideia e a sua realização

A realização da instituição necessita de manifestações de adesão (“communion”⁵⁶) dos membros de um determinado grupo social e dos seus órgãos de governo. Por outras palavras, a instituição se cria através manifestações de adesão no grupo social interessado à realização da ideia directriz⁵⁷. Este fenómeno é claramente evidenciado na ocasião de grandes movimentos populares que acompanham a fundação de instituições políticas. Por exemplo, a fundação da República Popular de Moçambique, aos 25 de Junho de 1975, através da proclamação solene pelo Comité Central da FRELIMO⁵⁸, foi acompanhada de movimentos populares de grandes envergaduras que participaram à própria fundação do Estado moçambicano como Estado independente e, conseqüentemente, como instituição política nova. Do mesmo modo, a Cerimónia de abertura do Ano Académico numa determinada instituição de ensino superior que congrega docentes, discentes e pessoal técnico-administrativo, bem como seus órgãos dirigentes, constitui a expressão de uma manifestação de adesão da comunidade académica à realização da ideia directriz da mesma. Além disso, essas manifestações de adesão podem ter uma exteriorização menos espectacular. Por exemplo, a formação de uma maioria num determinado processo de votação numa assembleia municipal de

56 *Comunhão* implica estado psicológico, e exige consciência e vontade, vide, sobre estes aspectos, TELLES JUNIOR, Goffredo, *A criação do Direito*, op. cit., p. 422.

57 TANGUY, Yann, “L’institution dans l’oeuvre de Maurice Hauriou. Actualité d’une doctrine”, op. cit., p. 75.

58 Discurso de proclamação da Independência *proferida pelo Presidente da FRELIMO, SAMORA MOISÉS MACHEL*, em, *Evolução Constitucional da Pátria Amada*, Maputo, Instituto de Apoio à Governação e Desenvolvimento, 2009, p. 370ss.; vide, também, CISTAC, Gilles, “História da Evolução Constitucional da Pátria Amada”, em, *Evolução Constitucional da Pátria Amada*, ibid., p. 24ss.

uma determinada autarquia local sempre precisa de um estado de “*união das vontades*”⁵⁹.

O centro deste movimento é a ideia directriz que se refracta em conceitos similares em milhares de consciências e provoca tendências à acção⁶⁰. A ideia directriz passa de novo num estado subjectivo, pela adesão de cada um dos membros do grupo a esta, cada um procede a sua assimilação e faz com que se torna sua. Trata-se de um verdadeiro processo de apropriação da ideia directriz pelos membros do grupo⁶¹; como refere ÉRIC MILLARD: “*Esta adesão traduz a imediação entre o objectivo e o subjectivo, o colectivo e o individual, o grupo e cada um dos seus membros*”⁶². Regra geral, a instituição funda-se numa “adesão fria” (“*communion froide*”⁶³) ligada ao seu

59 HAURIUO, Maurice, “La théorie de l’institution et de la fondation”, op. cit., p. 20.

60 Id., ibid.

61 TANGUY, Yann, “L’institution dans l’oeuvre de Maurice Hauriou. Actualité d’une doctrine”, op. cit., p. 70. MAX WEBER mostrou, em particular, através do exemplo das razões pelas quais o funcionário chega na hora ao seu serviço porque este funcionário respeita esta norma de pontualidade. É porque este a considera “válida”. A razão é de que este apropriou-se, na realização da sua função, o “dever” de ser pontual; como refere o autor: “... *lorsqu’un fonctionnaire apparaît journellement à l’heure fixe à son bureau, il ne le fait pas uniquement (bien qu’aussi) par habitude prise (...), mais il le fait (en règle générale: aussi) parce qu’il respecte par devoir la “validité” de l’ordre (les règlements de service) qui, s’il les violait, non seulement lui causeraient certains préjudices, mais encore lui inspireraient – normalement, - du point de vue de la rationalité en valeur (quand bien même dans une mesure très variable), un remords pour n’avoir pas accompli son “devoir”*”, *Économie et société, 1. Les catégories de la sociologie*, col. “AGORA Les classiques”, Paris, Librairie Plon, 1971, Pocket, 1995, p. 65.

62 MILLARD, Éric, “Hauriou et la théorie de l’institution”, op. cit., p. 397.

63 Id., ibid.

funcionamento, na aceitação, pelos diversos membros do grupo, da regra do jogo institucional^{64, 65}.

d) A articulação dos elementos para permitir à instituição de permanecer no meio social

As três componentes da instituição articulam-se num duplo movimento que vai do objectivo para o subjectivo e que permite à instituição permanecer na duração no meio social. Este movimento implementa três fenómenos sucessivos: a interiorização, incorporação e a personificação⁶⁶.

A incorporação sucede a um primeiro trabalho de interiorização que consiste em os órgãos de governo actuar pela realização da ideia directriz da instituição (prática de actos de governação ou de procedimentos na perspectiva de realizar e densificar a ideia directriz)⁶⁷. Na incorporação, a ideia directriz não é mais fora dos membros do grupo mas está reflectida na consciência individual de alguns desses. Nesta fase, a instituição possui uma individualidade objectiva⁶⁸. Contudo, ainda não há uma adesão activa para ela. A

64 MAURICE HAURIOU esclarece: *“La mesure dans laquelle la domination est acceptée est celle nécessaire pour que l’institution fonctionne. Ainsi, par exemple, dans une assemblée délibérante, la minorité, quoique régulièrement battue dans les scrutins, continue cependant de siéger et de prendre part aux travaux de l’assemblée en contribuant à constituer le quorum. Il ne faut donc pas analyser l’acceptation par les forces subordonnées en un consentement aux actes de la force dominante, puisqu’au contraire il peut y avoir résistance aux actes, mais plutôt en un consentement au maintien de l’institution malgré les actes de ses organes dirigeants”*, *Principes de droit public*, op. cit., p. 133.

65 Às vezes a participação à missão institucional não é propriamente dito voluntária. Muitas vezes é imposta aos agentes institucionais e aos membros do grupo. Vide, sobre esses aspectos, MOURGEON, Jacques, *La répression administrative*, op. cit., p. 67. Vide, também, GURVITCH, Georges, “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou”, op. cit., p. 165.

66 HAURIOU, Maurice, “La théorie de l’institution et de la fondation”, op. cit., p. 21. Em particular, GEORGES GURVITCH fez um análise pormenorizada de todos esses fenómenos, “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou”, op. cit., p. 172ss.

67 MILLARD, Éric, “Hauriou et la théorie de l’institution”, op. cit., p. 398.

68 GURVITCH, Georges, “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou”, op. cit., p. 173. Para o referido autor, a própria “ideia directriz” está relacionada com a “individualidade

instituição é personificada quando há participação dos membros do grupo através de manifestações de adesão dos mesmos que se conjugam às decisões do governo da instituição⁶⁹. Este movimento conduz ao nascimento de uma instituição concebida como um verdadeiro corpo constituído com separação equilibradas dos órgãos⁷⁰. Por outras palavras, este segundo fenómeno de incorporação pressupõe que os membros do grupo interiorizam as formas e normas institucionais e, em retorno, a instituição encontra-se personificada pela adesão voluntária dos sujeitos⁷¹.

Deve-se prestar atenção a uma distinção crucial na fase da personificação entre a “personalidade jurídica” e a “pessoa colectiva”; como refere GEORGES GURVITCH, parafraseando MAURICE HAURIU: “A “personalidade jurídica” e “a pessoa colectiva” são dois sujeitos diferentes nos quais o grupo se personifica em função do seu funcionamento como sujeito das “relações com terceiro” (outros grupos ou indivíduos terceiros”) ou como sujeito do seu “direito institucional” próprio que regula a sua vida interna”⁷².

objectiva” da instituição porque a ideia directriz ultrapassa a noção de objectivo e não nunca pode ser definitivamente expressa por ele (ibid., pp. 177-178).

69 HAURIU, Maurice, “La théorie de l’institution et de la fondation”, op. cit., p. 33; GURVITCH, Georges, ibid., pp. 173-174.

70 HAURIU, Maurice, *Principes de droit public*, op. cit., p. 129.

71 HAURIU, Maurice, “La théorie de l’institution et de la fondation”, op. cit., p. 12; TANGUY, Yann, “L’institution dans l’œuvre de Maurice Hauriou. Actualité d’une doctrine”, op. cit., p. 71; GURVITCH, Georges, “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou”, op. cit., p. 173.

72 GURVITCH, ibid., p. 173. O referido autor explicitou: “*Avant d’être comme des personnalités juridiques pour l’usage extérieur, “les institutions corporatives subissent le phénomène de l’incorporation qui les conduit à celui de la personnification (morale). Ces deux phénomènes sont eux-mêmes sous la dépendance d’un mouvement d’intériorisation. Ce triple mouvement, d’intériorisation (communion en l’idée) d’incorporation et de personnification (morale), est d’une importance capitale pour la théorie de la personnalité. Si sa réalité est constatée, elle entraînera la réalité de la personnalité morale, base de la personnalité juridique*”, idem. Vide, também, MOURGEON, Jacques, *La répression administrative*, op. cit., p. 35ss.; ROMANO, Santi, *L’ordre juridique*, op. cit., p. 23 e p. 57.

A organização social inscreve-se na permanência por causa de um equilíbrio de forças internas (individuais ou colectivas)⁷³. Uma organização social apenas pode ser considerada como uma instituição se conseguir ter um carácter duradouro e permanente⁷⁴. Contudo, a permanência de uma instituição não significa perenidade ou imobilismo. A instituição é um equilíbrio de forças que, internamente, se traduz numa separação de poderes⁷⁵. Por exemplo, regra geral, num Parlamento existe um equilíbrio de facto entre a maioria e a oposição que impõe à maioria uma certa moderação e o respeito pelas normas que regem o funcionamento do Parlamento. Existe, também, neste Parlamento uma separação funcional dos poderes porque não existe Parlamento sem órgão permanente (*Comissão Permanente*⁷⁶) que tem, para o funcionamento interno do Parlamento, poderes executivos próprios⁷⁷. Finalmente, a instituição é um fenómeno jurídico porque constitui a fonte de duas formas do direito: o direito disciplinar e o direito estatutário⁷⁸.

B. O que é uma instituição administrativa?

A “Administração” integra um conjunto complexo de “instituições administrativas” (a). Da definição da “instituição administrativa” (b), pode-se destacar a relação essencial entre a instituição primária e as instituições secundárias administrativas (c). O carácter dominante da instituição administrativa é seu carácter funcional o que implica várias consequências, nomeadamente no que

73 HAURIUO, Maurice, *Principes de droit public*, op. cit., p. 132.

74 HAURIUO, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 6.^a ed., op. cit., p. 11.

75 Id., *ibid.*

76 Artigos 193 e 194 da Constituição; artigos 49 e 50 da Lei n.º 17/2007: Concernente à Revisão do Regimento da Assembleia da República, aprovado pela Lei n.º 6/2001, de 30 de Abril, B.R., 18 de Julho de 2007, I Série – N.º 29.

77 Artigo 195 da Constituição; Artigo 51 da Lei n.º 17/2007, de 18 de Julho.

78 Vide, *infra* B. II.

concerne à componente estrutural da instituição administrativa (d). Finalmente, as instituições administrativas como organizações sociais são estabelecidas em relação à “ordem geral das coisas” (e).

a) Administração e instituições administrativas

A *teoria da instituição* é, fundamentalmente, uma “*teoria de autolimitação objectiva*”⁷⁹. Nesta perspectiva, a autolimitação do Poder, e, neste caso do Poder Administrativo, é objectivada numa instituição específica, a *instituição administrativa*. O Poder permaneceu numa organização que ele próprio criou e dominada por uma ideia a realizar - a ideia directriz da instituição -, a do interesse público, do serviço público ou da utilidade pública. Contudo, não se pode pensar que a Administração Pública, considerada na sua generalidade, e *in abstracto*, constitui “uma” instituição. Na realidade, esta noção congrega um conjunto complexo de “instituições administrativas”, mais ou menos solidárias, mais ou menos encaixadas umas nas outras ou, pelo contrário, individualizadas⁸⁰. Pode-se, pois, admitir, assim, que a Administração Pública compõe-se de tantas instituições administrativas como missões administrativas. Todavia, esta coincidência não é absoluta, porque como refere JACQUES MOURGEON: “... nada impede que várias missões sejam realizadas por um só grupo actuando numa estrutura única”⁸¹.

b) A definição da *instituição administrativa*

Entende-se por “instituição administrativa” “... a missão ou o conjunto de missões que um grupo de pessoas dependente da Administração

79 Vide, supra A.

80 MOURGEON, Jacques, *La répression administrative*, op. cit., p. 60.

81 Idem, p. 32 e p. 60.

realiza no quadro de uma determinada estrutura"⁸². Contudo, a referida definição carece de algumas precisões. A instituição administrativa como instituição pública secundária é o produto da vontade da instituição primária: o Estado⁸³. Com efeito, a instituição primária, neste caso, o Estado, cria e afecta a uma organização um poder de constrangimento ou coerção estimado útil à realização de uma ideia directriz ou missão que ele próprio criou^{84, 85}. Assim, as prerrogativas do Poder Público oriundas da instituição primária para a realização da sua missão constituem meios que garantem a submissão dos administrados e consolidam o poder de comando.

c) Instituição primária e instituições administrativas

As instituições administrativas são o produto da vontade das autoridades da instituição primária (por exemplo, o Estado ou

82 Idem, p. 60.

83 Ainda como refere JACQUES MOURGEON: *"Pode-se dizer, em definitiva, que a instituição primária que é o Estado se caracteriza pela primazia e pela generalidade da sua missão que deriva para o seu proveito a exclusividade do constrangimento para a aplicação do conjunto de normas da ordem jurídica que permitem a realização da sua missão"*, idem, p. 43.

84 JACQUES MOURGEON define a instituição secundária como: *"... toute institution qu'il renferme, qui est assortie d'un objet limité normalement non identifiable à l'intérêt public, et qui, de ce fait, ne dispose pas directement de la coercition pour en obtenir la réalisation et pour garantir l'application de son ordre juridique, lequel doit être considéré comme inférieur à celui de l'État puisque pourvu d'une moindre valeur en raison de sa moindre effectivité"*, ibid., p. 43.

85 A origem desta instituição não é uniforme. Em alguns casos, a instituição primária cria a instituição secundária pública *ex nihilo* determinando a sua missão e a sua estrutura, bem como o seu poder de constrangimento (por exemplo, a criação pelo Conselho de Ministros da Agência Nacional de Energia Atómica – Decreto n.º 67/2009: Cria a Agência Nacional de Energia Atómica – Entidade Reguladora, abreviadamente designada por ANEA e aprova o respectivo Regulamento, B.R., de 11 de Dezembro de 2009, 2.º Suplemento, I Série – N.º 49). Em outras situações, a instituição primária incorpora uma instituição secundária já existente que, de estatuto privado, torna-se público, o que tem por efeito modificar a sua missão, que, por hipótese, é promovida a missão de interesse público e alterar, mais ou menos a sua estrutura e seu poder de constrangimento (por exemplo, as diversas "nacionalizações" que ocorreram no País). Neste caso, NORBERTO BOBBIO fala de "procedimento de absorção", *Teoria do Ordenamento Jurídico*, op. cit., p. 170.

MOURGEON, Jacques, *La répression administrative*, op. cit., pp. 63-64.

uma organização internacional⁸⁶) desejosas de cumprir as missões de interesse público e de criar, para o efeito, estruturas e uma determinada ordem jurídica úteis para a sua realização⁸⁷. Contudo, isto não significa que se possa confundir a instituição primária com o conjunto das suas instituições administrativas secundárias. Em todas as hipóteses, a dependência das instituições administrativas (secundárias) em relação à instituição primária (no sentido de aparelho governamental) é muito acentuada até constituir uma mera emanção da instituição primária⁸⁸.

Esta subordinação privilegiada das instituições secundárias administrativas em relação à instituição primária/Estado faz com que essas beneficiem da característica especial de poder usar de direito, do poder de coerção⁸⁹. Por outras palavras, a autonomia das instituições administrativas não é absoluta; ela é apenas relativa porque apoiam-se sobre a instituição primária nomeadamente, no que concerne, por exemplo, a definição concreta do “interesse público” que depende da mesma. Por outras palavras, existem instituições que se apresentam como “perfeitas” porque auto-suficientes e possuem a plenitude dos meios necessários para garantir o cumprimento dos seus fins. Pelo contrário, existem outras “imperfeitas” ou menos perfeitas que precisam do apoio de outras

86 Vide FOCSANEANU, Lazare, “Le droit interne de l’Organisation des Nations Unies”, *Annuaire français de droit international*, volume 3, 1957, pp. 315-349.

87 MOURGEON, Jacques, *La répression administrative*, op. cit., p. 61; ROMANO, Santi, *L’ordre juridique*, op. cit., p. 111.

88 Como refere JACQUES MOURGEON: “Issue de la volonté de la puissance publique de répondre ainsi à un besoin précis et de lui faire réaliser une mission déterminée, l’institution secondaire n’a décidé ni son œuvre, ni son organisation, car, à l’égard de l’une comme de l’autre, elle n’est qu’une émanation de l’institution primaire”, *ibid.*, p. 46.

89 *Idem*, p. 47. Em todo caso, a autonomia da sua intervenção não é inteira porque permanece sob a supervisão da instituição primária que pode sujeitar os actos praticados a um controlo, nomeadamente, sujeitando esses a um controlo de natureza jurisdicional.

instituições cuja forma deste pode ser muito diversificado⁹⁰. Com efeito, pode ser uma simples coordenação, mas outras vezes pode existir uma verdadeira relação de subordinação⁹¹. Esta subordinação pode revestir várias formas em função do grau de integração da instituição subordinada na instituição integrante. Além disso, pode existir situações “antagonistas”⁹² em que uma instituição pode considerar a outra como “ilícita”; por exemplo, as entidades que prosseguem fins contrárias às leis de um determinado Estado⁹³⁹⁴.

90 Vide, ROMANO, Santi, *L'ordre juridique*, op. cit., p. 28; SCELLE, Georges, “La notion d'ordre juridique”, RDP 1944, p. 100.

91 Vide, infra, a), C., II.

92 ROMANO, Santi, *L'ordre juridique*, op. cit., p. 28.

93 Id., ibid. SANTI ROMANO estabeleceu, claramente, uma distinção entre a “ordem interna” de cada instituição e o estatuto jurídico que lhe pode ser concedido por uma instituição superior (idem, p. 57). Consequentemente, o facto de uma instituição negar o carácter jurídico a uma outra instituição tem apenas efeitos para a primeira; a segunda continua a constituir uma ordem jurídica do ponto de vista dos elementos objectivos que caracterizam uma ordem jurídica; como refere SANTI ROMANO: “... uma sociedade revolucionária ou uma associação de malfetores não constituirão do direito para o Estado que as mesmas querem combater ou cujas mesmas violam as leis ...; mas isto não exclui que, nesses casos, encontra-se na presença de instituições, de organizações, de ordens que, consideradas isoladamente e intrinsecamente, são jurídicas” (idem, p. 32). O referido autor explicita: “*Dans tous ces cas encore on rencontrera de petites institutions, microcosmes juridiques, où l'élément personnel, le dominus de l'institution, pourra tenir en un seul individu qui, unissant et coordonnant d'autres élément, constituera avec ceux-ci cette unité qu'au sens large on appelle entreprise. Elle sera, vue de son droit interne, une institution ayant, comme telle, un chef, un législateur, des subordonnés, des lois propres, tout un système d'autorités et de rouages administratifs. Partant, il s'agira d'un monde juridique en soi, complet dans son genre et pour ses fins (...). Du point de vue du droit étatique, il s'agira de tout autre chose. Ou bien cet ensemble se décomposera en rapports très variés entre les personnes qui en font partie, ou, pris comme unité, il sera considéré comme une universitas rerum ou comme une somme de valeurs actives et passives d'une exploitation commerciale. Ainsi le droit étatique définit la position du propriétaire de cette entreprise et fait donc de celle-ci l'objet de son droit, au lieu que pour l'ordre interne donc nous nous occupons, le propriétaire peut même rester en dehors de l'entreprise pour peu qu'un autre que lui soit placé à sa tête; de toute façon, s'il en prend la direction, ce qui est décisif n'est pas son droit de propriété mais sa qualité de chef. Bref, le caractère d'institution que revêt telle ou telle entité dépend de sa structure, de son droit interne, non de la façon, d'ailleurs variable, dont les lois de l'État la construisent*” (o sublinhado é nosso), idem, p. 55.

94 Por exemplo, “São proibidas as associações armadas de tipo militar ou paramilitar e as que promovam a violência, o racismo, a xenofobia ...” (n.º 3 do Artigo 52 da Constituição).

d) O carácter funcional da instituição administrativa

O carácter dominante da instituição administrativa é seu carácter funcional⁹⁵. Com efeito, a instituição administrativa não se define tomando em consideração um determinado quadro ou estrutura tipo, mas preferencialmente, por referência a uma função que materializa a sua finalidade que é a missão administrativa, isto é, ou a missão de serviço público, ou uma missão acessória a esta⁹⁶. Em particular, esta característica tem consequências sobre a estrutura da instituição administrativa. Com efeito, a estrutura apenas é um elemento secundário da definição da instituição administrativa devido ao seu aspecto complementar da sua missão. Contudo esta estrutura tem uma essência, a de realizar a submissão dos membros aos órgãos dirigentes da instituição; como refere JACQUES MOURGEON: “A estrutura da instituição administrativa (como de qualquer outra) é uma estrutura de comando na qual opera-se a submissão de dirigidos a dirigentes”⁹⁷. Por outras palavras, se o fenómeno administrativo é antes de tudo um fenómeno organizativo com mecanismos complexos, com numerosos dirigentes e funcionários com relações, também, numerosas, com uma população de ser humanos chamados “administrados”. Nesta organização, um Poder – “o Poder Administrativo” – é sujeito a uma ideia directriz que é a do “serviço público”, o de satisfazer um interesse público⁹⁸. É

95 MOURGEON, Jacques, *La répression administrative*, op. cit., p. 65.

96 Id., ibid.

97 Idem, p. 66.

98 WEIL, Prosper, *O Direito Administrativo*, Coimbra, Livraria Almedina, 1977, p. 84ss. Segundo esta doutrina, cada vez que está em causa uma actividade ou uma missão respondente ao interesse público, ou tendente a responder a este interesse, há uma missão de serviço público. Correlativamente, cada vez que uma pessoa está associada, qualquer que seja a relação desta participação, à execução de uma missão administrativa, ela é membro de uma instituição administrativa, e as relações entre elas e a instituição são internas a essa, vide, MOURGEON, Jacques, *La répression administrative*, op. cit., p. 68.

esta ideia que anima a organização administrativa e que se torna o espírito da sua hierarquia e a característica fundamental da atitude dos seus agentes. Por exemplo, a Resolução n.º 10/97, de 29 de Julho sobre as *Normas Éticas e Deontológicas para os Funcionários Públicos*⁹⁹ - revogada pela Lei n.º 16/2012, de 14 de Agosto -, estabelecia que: “A consciência, a vocação e a postura de bem servir e satisfazer com eficiência e rigor as necessidades da população devem constituir uma referência obrigatória da actividade dos trabalhadores da função pública nas suas relações com os cidadãos (...). Na expectativa da Administração Pública, o bom funcionário é aquele que ingressa no serviço público percebendo que a função de prestador de serviços nas suas diversas modalidades é uma vocação e uma opção permanente” (o sublinhado é nosso). Por outras palavras, do facto da centralidade da missão de serviço público na instituição administrativa, esta noção define-se, também, como “... a aglomeração, no seio de uma determinada estrutura, de pessoas participando à realização de uma missão de serviço público”¹⁰⁰.

Esta ideia engendra, também, ao mesmo tempo, a função administrativa, as funções públicas e os *funcionários*¹⁰¹; como estabelece MAURICE HAURIUO: “Os agentes tornam-se funcionários porque a sua principal preocupação deve ser o cumprimento da sua função, isto é, do seu serviço, e que o poder que eles detêm apenas deve constituir um meio para chegar a este resultado”¹⁰². Esta penetração da ideia do serviço ou da função em todas as rodagens da organização administrativa faz com que a Administração Pública constituia uma vasta instituição gravitando em torno de uma ideia, e que o Poder Administrativo, ele próprio, é submetido a esta ideia¹⁰³.

99 Resolução n.º 10/97: Publica as Normas Éticas e Deontológicas para os Funcionários Públicos, B.R., 27 de Agosto de 1997, I Série - N.º 35.

100 MOURGEON, Jacques, *La répression administrative*, op. cit., pp. 63-64.

101 HAURIUO, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, op. cit., p. 13.

102 Id., *ibid.*

103 Id., *ibid.*

Além disso, o Poder Administrativo é sujeito a esta ideia directriz por um conjunto de mecanismos de auto-limitação. Esses meios “autolimitativos” são múltiplos; por exemplo, a estrutura hierarquizada da organização dos funcionários e agentes do Estado e o desenvolvimento de uma ética e deontologia Profissional¹⁰⁴.

A existência de uma instituição administrativa não significa forçosamente que esta instituição é personificada¹⁰⁵; pode existir instituições administrativas independentemente de toda personalidade colectiva mesmo se, na maior parte das situações, são essas que aparecem como melhor destaque; como refere JACQUES MOURGEON: “... *il n’y a pas nécessairement coïncidence entre oeuvre et personnalité, une même personnalité pouvant recouvrir plusieurs oeuvres, ou une même oeuvre s’accomplir à travers plusieurs personnes morales*”¹⁰⁶. Assim, no Direito Público, as instituições são mais numerosas do que as pessoas colectivas.

e) Instituições administrativas e organizações sociais

As instituições administrativas como organizações sociais¹⁰⁷ são estabelecidas em relação a ordem geral das coisas ou, sinonimicamente, em relação ao “... *conjunto das instituições concretas*”¹⁰⁸. Por outras palavras, existe um sistema de organizações e relações sociais cujas partes são interligadas. Uma organização

104 Vide, em particular, a Lei n.º 16/2012, de 14 de Agosto – *Lei de Probidade Pública*, B.R., de 14 de Agosto de 2012, 4.º Suplemento, I Série – N.º 32.

105 Os autores concordam sobre o facto de a personalidade colectiva ser uma instituição mais acabada e sofisticada. Contudo, uma instituição pode existir sem preencher este requisito. Vide, em particular, MOURGEON, Jacques, *La répression administrative*, op. cit., p. 26 e p. 35ss. Sobre a distinção *individualidade objectiva e personalidade subjectiva*, vide, GURVITCH, Georges, “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou”, op. cit., p. 166ss.

106 MOURGEON, Jacques, *La répression administrative*, op. cit., p. 27.

107 ROMANO, Santi, *L'ordre juridique*, op. cit., p. 29.

108 HAURIUO, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 6.ª ed., op. cit., p. 9 nota de rodapé n.º 1.

social só é uma instituição se abertamente¹⁰⁹ se relaciona com as outras o que determina a sua “sociabilidade” e o seu reconhecimento por outras. Por outras palavras, ela é socialmente “designada”¹¹⁰ (por exemplo, o Conselho de Ministros, o Município de Maputo, o Instituto Nacional de Gestão de Calamidades, etc.) e reconhecida como tal pelas outras organizações sociais¹¹¹.

II. INSTITUIÇÕES ADMINISTRATIVAS E DIREITO ADMINISTRATIVO

Existe, ao mesmo tempo, uma grande diversidade e entrecruzamento de instituições¹¹² devido ao facto de que existe um ordenamento jurídico onde há uma instituição¹¹³. O entrecruzamento,

109 Como refere MAURICE HAURIUO: “Uma organização social que não está em relação com o conjunto de coisas existentes, ou é ignorada, que ela seja ou não, sistematicamente secreta, e pois, é como se não existia, ou é considerada como anti-social, é neste caso, ainda, não pode ser uma instituição ...”, *ibid.*, p. 10; HAURIUO, Maurice, *Principes de droit public*, op. cit., p. 131. Contra, ROMANO, Santi, *L'ordre juridique*, op. cit., pp. 55-57.

110 HAURIUO, Maurice, *Principes de droit public*, op. cit., p. 126 e p. 129.

111 HAURIUO, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 6.^a ed., op. cit., p. 10. SANTI ROMANO sobre esta questão, traz uma demonstração esclarecedora, vide, *L'ordre juridique*, op. cit., p. 32.

112 Vide, sobre esses aspectos, MOURGEON, Jacques, *La répression administrative*, op. cit., p. 32ss.

113 BOBBIO, Norberto, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, op. cit., p. 163; ROMANO, Santi, *L'ordre juridique*, op. cit., p. 77ss. A teoria da Instituição constitui o fundamento teórico mais completo do pluralismo jurídico. Como refere NORBERTO BOBBIO: “Aceitando a teoria pluralista institucional, o problema do relacionamento entre ordenamentos não compreende mais somente o problema das relações entre ordenamentos estatais, mas também o das relações entre ordenamentos estatais e ordenamentos diferentes dos estatais. Entre os ordenamentos não-estatais, distinguimos quatro tipos: a) ordenamentos acima do Estado, como o ordenamento internacional e, segundo algumas doutrinas, o da Igreja Católica; ordenamentos abaixo do Estado, como os ordenamentos propriamente sociais, que o Estado reconhece, limitando-os ou absorvendo-os; c) ordenamento ao lado do Estado, como o da Igreja Católica, segundo outras concepções, ou também, o internacional, segundo a concepção chamada “dualista”; d) ordenamento contra o Estado, como associações de malandros, as seitas secretas, etc.”, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, op. cit., p. 164. GEORGES SCELLE estabelece, explicitamente, uma distinção entre “ordem jurídica” e “ordenamento jurídico”, (“La notion d'ordre juridique”, op. cit., p. 86). O referido autor define a “ordem jurídica” como “... um “conjunto estático” e abstracto de regras positivas hierarquizadas, enquanto não foi utilizado pelos agentes jurídicos” (id, *ibid.*) enquanto o “ordenamento jurídico” é constituído pelo “... conjunto concreto e em perpetua mudança de situações jurídicas

em particular, pode ter uma dimensão pessoal devido à pluralidade de filiação de uma determinada pessoa a diversas instituições (por exemplo, uma mesma pessoa, ao mesmo tempo, pode ser estudante (instituição universitária), membro de um partido político (instituição partidária) e membro activo de um clube desportivo (instituição desportiva)). Além disso, pode ser funcional e orgânico. Com efeito, a multiplicidade das ideias directrizes ou de missões conduz, inevitavelmente, à coexistência de missões similares ou complementares.

Regra geral, devido a essas similitudes funcionais, as instituições são conduzidas a estabelecer entre elas relações orgânicas. O entrecruzamento de instituições pode, então, tornar-se inextricável¹¹⁴. As hipóteses mais simples apresentam-se quando instituições similares mantêm relações orgânicas horizontais (por exemplo, duas empresas têm a mesma direcção), ou quando existem relações verticais por integração de uma instituição componente numa instituição composta (por uma associação federativa)¹¹⁵. Mas os dois tipos de relações podem acumular-se, e além disso, é possível que as instituições que parecendo “simples” em relação à instituição componente sejam elas mesmas instituições compostas¹¹⁶. Nessas condições, “... o entrecruzamento pode ser extremo”¹¹⁷.

emaranhas, activas e passivas, isto é, de obrigações e poderes dos agentes jurídicos (id, ibid.). Como justifica o referido autor, sem fazer esta distinção, “... não se consegue distinguir suficientemente a “dinâmica” jurídica do direito positivo, a regra de direito da sua realização” (id, ibid.). Apesar da relevância desta distinção, os termos “ordem jurídica” e “ordenamento jurídico”, serão utilizadas indistintamente neste desenvolvimento.

114 MOURGEON, Jacques, *La répression administrative*, op. cit., p. 33.

115 Id, ibid.

116 Por exemplo, uma confederação internacional de sindicatos que, como defende JACQUES MOURGEON, “... instituição composta, agrupa federações nacionais que lhe parecem “simples” vistas de fora, mas que aparecem na realidade compostas quando considera-se do interior”, id, ibid.

117 JACQUES MOURGEON dá como exemplo o das Comunidades Europeias em que se encontram uma grande diversidade de instituições (por exemplo, Estados e empresas), elas mesmas mais ou menos compostas, e susceptíveis de manter relações

Consequentemente, é inevitável que as ordens jurídicas institucionais se misturam, e que uma instituição seja por parte sujeita a normas que regulam uma outra instituição com a qual está associada, ou a normas que se aplicam à instituição composta cuja ela faz parte, como também a ordem jurídica da última inclui as ordens jurídicas das instituições componentes¹¹⁸.

O Estado, em particular, é um exemplo deste entrecruzamento e complexificação de instituições que integra as de natureza administrativa (A). Em todo caso, as instituições são organizações produtoras de normas jurídicas (B), o que levanta o problema dos seus relacionamentos (C).

A. O Estado como um complexo de instituições administrativas

O Estado, de acordo com MAURICE HAURIOU, é “... a instituição das instituições”¹¹⁹ ou como assevera SANTI ROMANO “uma instituição de instituições”¹²⁰. Os diversos serviços públicos, organizados por leis e regulamentos administrativos constituem um conjunto de instituições que para o seu funcionamento praticam decisões com efeitos jurídicos, e que, consequentemente, podem ser consideradas como “instituições jurídicas”¹²¹. Por outras palavras, o aparelho governamental é susceptível de se dividir em várias instituições, em função do número de finalidades comunitárias que

muito diferentes daquelas que elas podem manter no plano interno, por exemplo, id, ibid.

118 Como explicita JACQUES MOURGEON: “A ordem jurídica de uma instituição composta não inclui necessariamente a totalidade das normas aplicadas nas instituições componentes. Mas, esta integra, pelo menos, regras que traduzem a subordinação das segundas à primeira, que são, também, uma parte da ordem jurídica de cada uma delas”, ibid., p. 34 nota de rodapé 34.

119 HAURIOU, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 6.^a ed., op. cit., p. IX; HAURIOU, Maurice, *Principes de droit public*, op. cit., pp. 125-126.

120 ROMANO, Santi, *L'ordre juridique*, op. cit., p. 27.

121 HAURIOU, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 6.^a ed., ibid., p. X.

crecem na medida do interesse comunitário¹²². Além disso, quando as finalidades prosseguidas por grupos privados parecem ser muito próximas das finalidades comunitárias e úteis para a sua realização, “... mecanismos de ligação e de colaboração podem ser estabelecidos entre o aparelho governamental e os particulares, e que são susceptíveis de se manifestar num quadro institucional reunindo particulares (ou instituições privadas) e órgãos de governo (ou instituições públicas) em torno do prosseguimento de uma determinada missão”¹²³.

Contudo, todas as instituições integradas no Estado (no sentido de instituições públicas *lato sensu*) não são todas “administrativas”. Por exemplo, o Parlamento e o Conselho de Ministros¹²⁴ são “instituições políticas” mesmo quando desempenham, também, em algumas situações, funções administrativas; mas a maior parte são.

Essas instituições jurídico-administrativas constituem, por si próprias, ordenamentos jurídicos. Com efeito, toda a instituição realiza um “estado de direito”¹²⁵ que expressa o conjunto do seu ser¹²⁶; a norma jurídica nasce, verdadeiramente, na instituição que constitui o seu campo de aplicação exclusivo. Nesta perspectiva, “... elas constituem a ordem jurídica institucional”¹²⁷. Contudo, isto não significa que os membros da instituição sejam apenas sujeitados a essas normas. As normas da instituição existem porque existe uma missão. Uma pessoa é apenas sujeito desta na medida em que esta participa ao cumprimento desta missão¹²⁸.

122 MOURGEON, Jacques, *La répression administrative*, op. cit., p. 35.

123 Id, *ibid*.

124 Por exemplo, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ defendem que o Governo tem uma “posición mixta”, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Décima edición, Madrid, Civitas Ediciones, 2000, p. 34.

125 HAURIOU, Maurice, *Principes de droit public*, op. cit., p. 124.

126 Idem, p. 128.

127 MOURGEON, Jacques, *La répression administrative*, op. cit., p. 31.

128 Id, *ibid*. Como refere o autor: “... la plus grande part de l'ordre juridique n'est que, sous des aspects divers, la transposition dans les faits des exigences de la mission, telles qu'elles s'expriment dans l'institution et telles qu'elles influent sur la structure et sur la situation des membres”, *ibid.*, p. 32.

A instituição sendo um grupo de pessoas, é preciso, pela manutenção das situações estabelecidas no grupo, que uma determinada conduta seja observada para todos os seus membros. Para obter esta conduta, é preciso que hajam normas de conduta, essas são criadas na instituição e com o concurso do Poder da instituição¹²⁹. A instituição cria o Direito e cada uma gera necessariamente um direito pelo processo que cria o instituído contra a tendência do instituinte a se dissolver na duração¹³⁰.

Contudo, isto não significa que as instituições administrativas são apenas ordenamentos jurídicos. A instituição administrativa é, também, um “fenómeno social”¹³¹ e, como tal, pode ser objecto de estudo, por exemplo, das ciências sociais que ultrapassam a mera consideração formal das normas jurídicas para atingir e compreender o que MAX WEBER chamou de “*originalidade da realidade da vida*”¹³².

B. As instituições administrativas como produtoras de normas jurídicas

As instituições administrativas constituem ordens jurídicas (a) e são fontes de dois tipos de normas jurídicas: as normas disciplinares e estatutárias (b)

a) As instituições administrativas como ordens jurídicas

A instituição administrativa como “instituição” é um espaço de produção de normas jurídicas¹³³; como refere MAURICE

129 HAURIUO, Maurice, *Principes de droit public*, op. cit., p. 136.

130 MILLARD, Éric, “Hauriou et la théorie de l’institution”, op. cit., p. 399.

131 HAURIUO, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 6.^a ed., op. cit., p. 5.

132 WEBER, Max, “L’objectivité de la connaissance dans les sciences et la politique sociales”, op. cit., p. 148.

133 HAURIUO, Maurice, *Principes de droit public*, op. cit., p. 135ss. Como refere JACQUES MOURGEON: “... (a instituição constitui) o fundamento objectivo das diversas regras que lhe são específicas e que não são de origem contractual porque se impõem ao conjunto dos membros da instituição ...”, *La répression administrative*, op. cit., p. 24.

HAURIOU: “... são as instituições que fazem as regras de direito, não são as regras de direito que fazem as instituições”¹³⁴. Para a manutenção de situações estabelecidas num determinado grupo social, é necessário que determinadas condutas sociais sejam observadas pelos membros deste grupo e, por isso, surgem determinadas normas de condutas que são criadas na própria instituição pelo Poder dominante. Nas instituições administrativas, é o Poder Administrativo, principalmente, a fonte dessas normas. O conjunto dessas normas constitui a ordem jurídico-administrativa. Assim, há tantos sistemas jurídicos administrativos como instituições administrativas.

A instituição produzindo um direito próprio: *o direito institucional*¹³⁵, deve-se concluir, pois, que existe um direito institucional de natureza administrativa quando produzido pelas instituições administrativas. Contudo, se o Direito produzido pelas instituições administrativas é Administrativo não é todo o Direito Administrativo. MAURICE HAURIOU já tinha feito, por exemplo, uma distinção entre o “direito disciplinar puro” e o “direito legal”¹³⁶ ou “direito público de Estado”¹³⁷ encarnado na forma da lei. Por outras palavras, existe uma ordem jurídica geral produzido pela instituição primária e que abrange sectores sociais que não são,

134 HAURIOU, Maurice, “La théorie de l’institution et de la fondation”, op. cit., p. 44; GURVITCH, Georges, “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou”, op. cit., p. 160ss. SANTI ROMANO assevera: “Toda ordem jurídica é uma instituição e, inversamente, toda instituição é uma ordem jurídica. há, entre esses dois conceitos, uma equação necessária e absoluta (...) a instituição é na realidade uma ordem jurídica objectiva”, *L’ordre juridique*, op. cit., p. 19 e pp. 23-24. Vide, também, ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Traducción de la 3.ª edición italiana por BUENAVANTURA PELISSÉ PRATS, Tomo I, Barcelona, BOSCH, Casa Editorial, 1970, p. 6; REBELO DE SOUSA, Marcelo, “Pluralidade dos ordenamentos jurídicos”, *Revista da Corporação dos Transportes e Turismo*, n.º 1, Junho de 1973 (Separata), p. 4.

135 HAURIOU, Maurice, *Principes de droit public*, op. cit., p. 136; HAURIOU, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 6.ª ed., op. cit., p. 6; MOURGEON, Jacques, *La répression administrative*, op. cit., p. 25.

136 HAURIOU, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 6.ª ed., op. cit., p. XI; HAURIOU, Maurice, *Principes de droit public*, op. cit., p. 139.

137 HAURIOU, Maurice, *Principes de droit public*, op. cit., p. 142.

propriamente “administrativos”¹³⁸ mas que os abrange, também, e ordens jurídicas próprias a cada instituição secundária incluindo as administrativas; como refere JACQUES MOURGEON em relação ao direito disciplinário: “... o direito disciplinário emana por parte daquela (instituição secundária) e por parte da instituição primária”¹³⁹. Esta distinção aparece, claramente, no exercício do poder de constrangimento de cada uma dessas instituições. Com efeito, uma determinada entidade pode, ao mesmo tempo, violar uma norma da instituição primária (por exemplo, um médico do Hospital Central violar o segredo profissional protegido pelo Código Penal) e uma outra que pertence à instituição secundária (por exemplo, este mesmo médico violando o segredo profissional violou, também, as normas deontológicas da sua profissão que protegem, também, o segredo profissional)¹⁴⁰. Portanto, cada instituição é susceptível de sancionar o infractor recorrendo ao capital de constrangimento que

138 Como assevera MAURICE HAURIUO: *“Pour envisager l’espèce de règles de droit qu’engendre par elle-même une institution, il faut commencer par écarter de notre esprit les types de règles auxquels nous sommes habitués parce qu’ils constituent la législation de l’État, spécialement la loi et le règlement. Ce n’est pas que d’une certaine façon le règlement et la loi ne puissent se ramener à la règle disciplinaire ou à la règle statutaire qui sont essentiellement d’origine institutionnelle, mais le caractère territorial de l’État leur imprime une physionomie spéciale. Les règlements et les lois sont eux-mêmes devenus territoriaux, tandis que les règles de droit engendrées par une institution ordinaire n’ont aucun caractère territorial, elles régissent un groupe d’hommes, non pas à cause de leur appartenance à un territoire, mais à cause de leur appartenance aux cadres de l’institution; c’est le régime de la personnalité des lois”, Précis de Droit Administratif et de Droit Public, 6.^è ed., op. cit., pp. 18-19. Vide, também, GURVITCH, Georges, “Les idées maîtresses de Maurice Hauriou”, op. cit., p. 162; MOURGEON, Jacques, *La répression administrative*, op. cit., p. 36. Em particular, LAZARE FOCSANEANU distinguiu, claramente, entre o “direito interno” de uma determinada organização internacional e o Direito Internacional propriamente dito; como explicita o referido autor: “... si une partie des résolutions vise les relations extérieures de l’O.N.U., ses rapports avec les Etats ou avec des organismes internationaux, une autre partie est exclusivement tournée vers la vie interne de l’organisation (...) En réalité, le droit interne des organisations internationales n’est pas de nature conventionnelle, mais constitue une manifestation de la volonté juridique propre de l’organisation, exprimée selon les règles constitutionnelles de celle-ci”, “Le droit interne de l’Organisation des Nations Unies”, op. cit., p. 321 e p. 322.*

139 MOURGEON, Jacques, *La répression administrative*, op. cit., p. 78.

140 Sobre a distinção direito penal e direito disciplinar, vide, em particular, HAURIUO, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 6.^è ed., op. cit., pp. 19-20.

ela possui, mas as relações entre os constrangimentos respectivos são variáveis¹⁴¹.

b) As instituições administrativas como fonte de direito

As instituições administrativas são fontes de dois tipos de normas jurídicas: as normas disciplinares (1.) e as normas estatutárias (2.) que são, numa determinada medida, a contra-parte e o correctivo um do outro e que podem, em algumas circunstâncias, coabitarem num mesmo espaço, por exemplo, na relação jurídico-administrativa¹⁴².

A disciplina interna do grupo pode ser considerada sob dois ângulos: o do grupo e o dos membros do grupo¹⁴³. Do ponto de vista do grupo, esta disciplina é um poder necessário para manter a coesão do grupo; do ponto de vista dos membros do grupo, a disciplina é um poder contra o qual é preciso estabelecer garantias¹⁴⁴.

O direito disciplinar, que representa o interesse do grupo expresso pela coação do poder de dominação na instituição, e o direito estatutário que representa o interesse do grupo expresso pela adesão individual dos membros aos procedimentos colectivos da vida da instituição, fazem-se contrapesos, um do outro, e este equilíbrio das normas jurídicas é um elemento do equilíbrio das forças que sustentam a instituição¹⁴⁵.

141 Vide, a classificação estabelecida por JACQUES MOURGEON, *La répression administrative*, op. cit., p. 48.

142 HAURIOU, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 6.^a ed., op. cit., p. Xss.

143 Idem, p. 19.

144 HAURIOU, Maurice, *Principes de droit public*, op. cit., p. 136.

145 Idem, p. 137.

1. As normas jurídicas de natureza disciplinar

A disciplina existe para garantir a ordem social que é própria das instituições¹⁴⁶, o que justifica a existência da repressão pela coerção ou sanção¹⁴⁷. Por outras palavras, “A disciplina traduz esta submissão à ordem”¹⁴⁸. Toda instituição carece de uma disciplina social para garantir a sua subsistência até se pode afirmar com JACQUES MOURGEON que “... é da essência de toda instituição de sujeitar os seus membros a um constrangimento”¹⁴⁹. As vezes são os próprios membros do grupo que reclamam a disciplina¹⁵⁰! Entende-se por disciplina “... a submissão dos membros de uma colectividade a um conjunto de regras que são-lhes comuns”¹⁵¹. Por outras palavras, ela constitui “... o conjunto

146 HAURIOU, Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, Deuxième Édition, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929, p. 34ss. Como afirma MAURICE HAURIOU: “... toda instituição é coerciva e disciplinar ...”, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 6.ª ed., op. cit., p. 14; SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, Tercio, *Apresentação*, BOBBIO, Norberto, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, op. cit., p. 15.

147 A coerção ou sanção é o castigo mais eficaz para fazer respeitar a disciplina e constituem a “repressão disciplinar” *lato sensu* incluindo a repressão disciplinar *strico sensu* (por exemplo, própria a uma determinada instituição secundária) e a repressão penal. Vide, MOURGEON, Jacques, *La répression administrative*, op. cit., p. 56ss. Vide, de uma forma mais geral sobre a função da “sanção”, ROMANO, Santi, *L'ordre juridique*, op. cit., p. 16.

148 MOURGEON, Jacques, *La répression administrative*, op. cit., p. 53.

149 Idem, p. 47.

150 Num artigo publicado no *Jornal domingo* de 3 de Fevereiro de 2013 (p. 14), o jornalista LUÍS DAVID evidenciou este aspecto citando TEODATO HUNGUANA numa reflexão sobre a responsabilidade das autoridades administrativas na gestão das calamidades provocadas pelas inundações: “Temos de educar as populações para saírem das zonas de risco. Mas, sobretudo, deve-se fazer o uso do poder instituído para manter a disciplina e evitar que as pessoas estejam numa situação de risco” (o sublinhado é nosso). Este simples trecho evidenciou três elementos fundamentais do fenómeno institucional. O “poder instituído” (poder estatal ou municipal (Município da Matola no artigo)), o cumprimento da ideia directriz da instituição – o interesse público através da segurança das populações -, e o meio permitindo de atingir esta finalidade a “disciplina”.

151 MOURGEON, Jacques, *La répression administrative*, op. cit., p. 50. Este conceito *lato* do termo “disciplina” permite abranger numerosos comportamentos que podem ser reprimidos em virtude das normas tanto da instituição primário como da instituição secundária. Em todo caso; como refere o autor: “... a disciplina está no coração da repressão porque é uma noção inerente a toda instituição primária ou secundária”, idem, p. 53.

*das obrigações às quais os membros de uma instituição estão sujeitos em conformidade com às exigências das suas finalidades e para permitir o seu cumprimento*¹⁵².

O direito disciplinar “ ... como o conjunto das regras que admitem o ponto de vista do interesse do grupo e que têm por objecto os poderes disciplinares exercidos ao nome do grupo”¹⁵³, garante a coesão do grupo criando uma disciplina organizacional. A coesão do grupo é procurada disponibilizando os meios jurídicos de polícia, *lato sensu*, ao serviço da coesão colectiva¹⁵⁴. Por exemplo, existe em cada serviço administrativo uma disciplina hierárquica que visa a sujeitar os funcionários e agentes administrativos ao cumprimento do “serviço” através da “Responsabilidade Disciplinar”¹⁵⁵. Os sujeitos dessas normas são os funcionários e agentes administrativos desta instituição. Por exemplo, as circulares administrativas não são oponíveis aos administrados.

O direito disciplinar é, pois, constituído “... pelo conjunto dos actos jurídicos e das normas jurídicas emanando da autoridade social instituída que têm por objecto, seja de impor aos indivíduos medidas, seja criar situações oponíveis, seja reprimir determinados condutas, e isto, principalmente, no interesse da instituição e sob a sanção da força de coação cuja ela dispõe”¹⁵⁶.

152 Id, *ibid*.

153 HAURIOU, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 6.^a ed., op. cit., p. 19.

154 MILLARD, Éric, “Hauriou et la théorie de l’institution”, op. cit., p. 399. JACQUES MOURGEON precisa: “Não há instituição viável sem ordem, sem submissão à ordem que o cumprimento das suas finalidades reclama. O prosseguimento de uma missão comum implica uma coesão, e uma submissão ao conjunto de exigências implicadas pela realização dos fins”, *ibid.*, p. 53. Isto justifica, pelo menos, teoricamente, o uso das prerrogativas do Poder Público.

155 Vide, por exemplo, o *CAPÍTULO XIV Responsabilidade Disciplinar* da Lei n.º 14/2009: Aprova o Estatuto Geral dos Funcionários e Agentes do Estado, abreviadamente designado por EGAE, de 17 de Março de 2009, 3.º Suplemento, I Série – N.º 10.

156 HAURIOU, Maurice, *Principes de droit public*, op. cit., p. 137.

O direito disciplinar não deve ser entendido como instrumento exclusivo de repressão, se este direito é repressivo (por exemplo, os meios sancionatórios atribuídos a uma determinada autoridade hierárquica para sancionar o comportamento dos seus subordinados) é, também, orgânico. Com efeito, a disciplina institucional exerce-se não só sobre os membros que, em razão da sua conduta, merece uma sanção mas, também, sobre todos os membros do grupo para aceitar as organizações criadas no interior da instituição; como refere MAURICE HAURIOU: *“Quando uma organização foi criada no interior de uma instituição e foi-se implantada de um determinado modo, esta é ligada à própria existência desta, pode-se reparar que não se poderia tirar uma sem destruir outra. Assim, a autoridade social vigia as organizações criadas e protege-as de todo seu poder de coacção”*¹⁵⁷. Isto é, particularmente, verdade se observa a organização dos serviços públicos. Essas organizações conseguem assegurar o seu objecto porque, por um lado, existe nelas uma determinada disciplina administrativa e, por outro lado, ligações estreitas relacionam essas organizações com a instituição administrativa no seu conjunto¹⁵⁸.

O direito disciplinar abrange não só normas gerais e impessoais como os regulamentos administrativos (por exemplo, o Código da Estrada¹⁵⁹)¹⁶⁰ mas, também, actos jurídicos que podem ser particular

157 Id, ibid.

158 Idem, p. 138.

159 Decreto-Lei n.º 1/2011: Aprova o Código da Estrada, B.R., 23 de Março de 2011, I Série – N.º 12. Contudo não se pode pensar que, forçosamente, todas as normas contidas num regulamento administrativo são de natureza disciplinar. A maior parte o é efectivamente (é o próprio objecto do regulamento que o determina), mas não significa que todas o são. O regulamento administrativo pode integrar normas de carácter estatutário que consagra, ao mesmo tempo, disposições disciplinares e direitos subjectivos públicos.

160 Como refere JACQUES MOURGEON: *“On parvient au maintien de la discipline d’abord par l’édiction de normes. Toute norme incluse dans l’ordre juridique institutionnel, qu’elle soit relative aux fins poursuivies ou aux moyens utilisables, et même lorsqu’elle n’a pas un objet immédiatement disciplinaire, suppose une discipline puisqu’elle suppose d’être exécutée. Elle a, par elle-même, intrinséquement, une force contraignante qu’elle tient de sa validité”*, *La répression administrative*, op. cit., p. 77.

pelo seu objecto¹⁶¹. Toda a decisão executória praticada por uma autoridade administrativa produz um efeito de direito e, criadora de direito. Se esta decisão não tem por objectivo criar uma norma geral e impessoal, essa tem, pelo menos, por finalidade estabelecer uma situação jurídica *erga omnes*, por exemplo, o acto de nomeação de um funcionário concede-lhe competência de forma oponível a todos. Assim, a teoria geral dos actos administrativos que constitui uma parte importante do Direito Administrativo constitui um elemento integrante essencial do direito disciplinar. Os cidadãos expostos aos efeitos de uma decisão executória cujos efeitos são oponíveis pela coacção da Administração ou execução forçada¹⁶²são, desta forma, sujeitos ao poder disciplinar da instituição administrativa. De forma geral, os actos administrativos têm uma importância considerável porque criam, na prática, uma grande quantidade de situações jurídicas (nomeações de funcionários, licenças para exercer uma determinada actividade, licenças de construção e outras, autorizações diversas (por exemplo, ocupação do domínio público) etc.). Além disso, o recurso hierárquico bem como o recurso contencioso de anulação, na sua concepção inicial¹⁶³, fundam-se na força do direito disciplinar; como assevera MAURICE HAURIOU: “ ... *dans l’institution de la hiérarchie administrative, des moyens d’action comme le recours hiérarchique ou même le recours pour excès de pouvoir qui tendent à l’annulation ou à la réformation des actes, sont des manifestations du droit*

161 De uma forma muito mais geral, MAURICE HAURIOU “*Une règle de droit n’a valeur de droit positif que si, formulée à l’intérieur d’une institution, elle exprime dans son contenu la discipline de l’institution et est sanctionnée par cette même discipline ...*”, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 6.^a ed., op. cit., p. 18.

162 HAURIOU, Maurice, *Principes de droit public*, op. cit., p. 138. Vide, em particular, artigos 143ss. da Lei n.º 14/2011: Regula a formação da vontade da Administração Pública, estabelece as normas de defesa dos direitos e interesses dos particulares, e revoga a Reforma Administrativa Ultramarina (RAU) e o Decreto-Lei n.º 23229, de 15 de Novembro de 1933, B.R., 10 de Agosto de 2011, I Série – N.º 32.

163 HAURIOU, Maurice, *Principes de droit public*, op. cit., p. 142.

disciplinaire et les instruments d'une moralité juridique administrative"¹⁶⁴. Em todo caso, o juiz participa para a eficácia do poder disciplinar na instituição¹⁶⁵.

2. As normas jurídicas de natureza estatutária

O direito estatutário permite a organização necessária no que concerne a respectiva situação jurídica dos órgãos e dos membros do grupo social, por um lado, e a situação jurídica de cada um dos membros do grupo, por outro. "O direito estatutário é", como refere MAURICE HAURIUO, "o que se elabora no seio de uma instituição para a definir no interesse individual dos seus membros"¹⁶⁶. Nesta perspectiva, o direito estatutário tem por objecto a determinação das *competências*, isto é, dos espaços de poderes de cada um dos órgãos e membros da instituição. No caso em que, esta operação é realizada num interesse individual, constitui um estatuto individual, isto significa que, "... a competência e a esfera de poder atribuídas a cada um tornam-se o estatuto individual de cada um"¹⁶⁷.

A doutrina administrativista alemã, em particular, desenvolveu, substancialmente, este aspecto. Por exemplo, HANS JULIUS WOLFF, OTTO BACHOF e ROLF STOBER, elaboraram uma teoria completa do *status* distinguindo entre o *status passivo*, o *status negativo*, o *status positivo*, o *status activo*, o *status global*, o *status jurídico-procedimental*, o *status relativo* e o *status de direito comunitário*¹⁶⁸. É o conjunto desses

164 HAURIUO, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 6.^a ed., op. cit., p. 20.

165 D'AMBRA, Dominique, *L'objet de la fonction juridictionnelle: Dire le droit et trancher les litiges*, col. "Bibliothèque de Droit Privé", Tome 236, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, E.J.A., 1994, p. XXI.

166 HAURIUO, Maurice, «L'Institution et le droit statutaire», *Recueil de législation de l'Académie de Toulouse*, 1906, p. 161.

167 Idem, p. 168.

168 WOLFF, Hans Julius, BACHOF, Otto, e STOBER, Rolf, *Direito Administrativo* (Tradução ANTÓNIO F. DE SOUSA), Vol. 1, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 487ss.

que constitui a “posição jurídica”¹⁶⁹ dos membros do grupo e dos órgãos habilitados a expressar a vontade da instituição no seu campo jurídico. Assim, o direito estatutário garante os direitos individuais dos membros do grupo na instituição e, mais particularmente, aqueles que consagram a participação dos membros à vida da instituição¹⁷⁰.

Além disso, toda instituição social apenas pode ter uma vida orgânica se determinados procedimentos existem e geram actos que a materializam. Assim, “... le rythme de la vie de l’institution, engendrent d’une manière continue des actes complexes dont la plupart sont des actes statutaires”¹⁷¹. Nesta perspectiva, são os procedimentos que culminam com a produção de decisões colectivas e, em particular, as “operações complexas”¹⁷², as “opérations à procédure”, isto é, “... uma série de factos objectivos e de adesões a esses factos”¹⁷³, ou “as decisões

169 Idem, p. 487. Como referem esses autores: “A posição jurídica é a qualificação essencial de uma pessoa dentro do ordenamento jurídico. A posição jurídica refere-se a sujeitos (pessoas), mas emana do direito objectivo, regulando, por conseguinte, situações existentes de interesse tipicamente sociais de instituições em parte dadas (sociais) e em parte criadas por si próprias. Por isso, a posição jurídica atinge a pessoa não apenas relativamente a relações jurídicas particulares, mas também enquanto tais (...). A posição jurídica pode, é certo, ser alterada pelo direito objectivo, dentro dos limites da Constituição, mas é – na medida em que existe por força do direito objectivo – independentemente da vontade da pessoa e por conseguinte, imprescindível, irrenunciável e mesmo insusceptível de caducidade” (o sublinhado é nosso), id, ibid. MAURICE HAURIUO, no seu estilo directo escreve “Dans tout ce qui est rapports de sujétion, rapports de domination, voie d’autorité, partout où les individualités en présence, au lieu d’être des parties, sont des organes ou des sujets, la personnalité subjective n’a que faire. Il faut, au contraire, passer au point de vue objectif: il y a des situations qui se créent, des fonctions qui s’organisent, des statuts qui en résultent pour les individus, et voilà tout”, «L’Institution et le droit statutaire», op. cit., p. 171.

170 HAURIUO, Maurice, *Principes de droit public*, op. cit., p. 144.

171 Idem, p. 155.

172 Idem, p. 152ss; HAURIUO, Maurice, «L’Institution et le droit statutaire», op. cit., p. 142ss.

173 HAURIUO, Maurice, «L’Institution et le droit statutaire», op. cit., p. 178; HAURIUO, Maurice, *Principes de droit public*, op. cit., p. 145ss. Através da apresentação de vários exemplos (processo de feitura de leis, a instância judicial, o processo de expropriação), MAURICE HAURIUO evidencia como os diversos elementos particulares de um procedimento concorrem para o resultado final, cada um fazendo progredir o procedimento de conjunto da operação. Há manifestações de consentimentos porque cada umas dessas manifestações de vontade é elaboração de uma decisão,

por etapas¹⁷⁴ e os “direitos individuais” que estabelecem a situação jurídica dos membros da colectividade na instituição que concentram o cerne das normas jurídicas de natureza estatutária. Além disso, o direito estatutário inclina-se inelutavelmente para a duração. É o que o diferencia radicalmente do direito contratual¹⁷⁵.

C. O relacionamento entre instituições administrativas/ordens jurídicas

Apesar da diversidade das relações inter-institucionais¹⁷⁶, pode-se distinguir duas situações paradigmáticas nelas: coordenação e subordinação (a). Correntes doutrinárias tentaram classificar melhor as relações entre os ordenamentos jurídicos¹⁷⁷. É o caso, em

mas não há fusão subjectiva dos consentimentos, “... puisque chacune des décisions ne rencontre les précédentes, pour y adhérer, que lorsqu’elles ne sont plus à l’état d’actes, mais à l’état de faits; elles ne contiennent plus de la volonté en fusion, mais de la volonté solidifiée parce qu’elle est réalisée. Il n’y a pas de concours de consentements à un même acte subjectif, mais il y a incorporation des consentements nouveaux aux anciens, par accession à la même procédure qui est un acte juridique objectif”, HAURIU, Maurice, *Principes de droit public*, ibid., p. 157. Como defende o referido autor: “O acto complexo como acto jurídico objectivo está explicado pela unidade de um procedimento externo encontra-se de facto solidário com a instituição social; não só porque todo procedimento organizado é em si mesmo uma instituição social, mas ainda e sobretudo, porque toda instituição social da categoria dos grupos, corpos ou estabelecimentos, apenas podem viver de uma vida orgânica se alguns procedimentos são efectivados e que, por conseguinte, esses procedimentos, que constituem o ritmo da vida da instituição, geram de forma continua actos complexos cuja maior parte são actos estatutários”, ibid., p. 158.

174 TA-S: ARMAZÉNS IBRAMUGI, 19 de Agosto de 1997, Proc. 2/96-1^a, JAM, 1, p. 307.

175 TANGUY, Yann, “L’institution dans l’œuvre de Maurice Hauriou. Actualité d’une doctrine”, op. cit., p. 74. Como refere YANN TANGUY: “O contrato que é só uma manifestação de vontade isolada representa apenas um momento da vida jurídica. Pelo contrário, a instituição não para com a sua constituição; ela elabora-se na duração através da repetição de operações jurídicas e inclina numa conjunção indeterminada de vontades individuais”, id, ibid. Vide, também, BRODERICK, Albert O.P., “La notion d’ “institution” de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français”, APD, Tome XIII, 1968, pp. 143-160; RENARD, Georges, *La Théorie de l’Institution. Essai d’ontologie juridique*, Paris, Sirey, 1930, p. 435ss. Contudo, vide a visão original de JOSEPH THÉODORE DELOS, “La Théorie de l’Institution”, op. cit., p. 134ss.

176 Vide, em particular, BOBBIO, Norberto, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, op. cit., p. 161ss.; MOURGEON, Jacques, *La répression administrative*, op. cit., p. 37ss.; SCELLE, Georges, “La notion d’ordre juridique”, op. cit., p. 95ss.

177 Entre outros, vide, BOBBIO, Norberto, ibid., p. 165ss.

particular, de SANTI ROMANO que tentou apresentar classificações das relações entre ordenamentos jurídicos e criou o conceito de “relevância” para caracterizar essas relações (b).

a) Subordinação e coordenação

Não se pode pensar que a situação anteriormente observada de diversidade e multiplicidade de instituições, não induz contactos ou relações entre elas. De facto, existem relações inter-institucionais ou segundo a fórmula de LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER uma determinada “interconexión”¹⁷⁸ entre elas. Assim, a determinação das relações inter-institucionais ou de “interconexão” levanta o problema da situação das instituições umas em relação as outras. Uma simples observação permite destacar dois tipos de relações. Em primeiro lugar, existe situações em que há prevalência de algumas instituições em relação às outras. Essas relações são, necessariamente, relações de subordinação (1.). Dentro deste primeiro tipo de situações, existe a relação de subordinação ao Estado - como instituição “primária”¹⁷⁹ - que integra instituições chamadas “secundárias”¹⁸⁰. Em segundo lugar, se as instituições se situam num mesmo nível, na hierarquia das instituições, não há razão de pensar as suas relações através do conceito de dependência, mas pelo contrário, as suas relações são de natureza igualitária porque resultam de relações entre instituições equivalentes, originando conseqüentemente, relações de coordenação (2.).

178 MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos e el sistema de fuentes del derecho*, Madrid, Civitas Ediciones, 2004, 204 p.

179 A paternidade desta qualificação pertence a JACQUES MOURGEON, *La répression administrative*, op. cit., p. 37.

180 Id, *ibid*.

1. A relação de subordinação

A busca de um fundamento satisfatório da prevalência ou primazia de uma determinada instituição, por exemplo, o Estado – como instituição primária –, em relação a outras instituições implica identificar o elemento característico da instituição primária. É neste sentido que a doutrina administrativista moderna concentrou os seus esforços¹⁸¹. Em particular, JACQUES MOURGEON foi o autor mais fértil na busca deste critério. Após ter denunciado as fraquezas e insuficiências da teoria normativista para fundamentar as relações de subordinação entre instituições (instituições primárias e instituições secundárias) no critério exclusivo da hierarquia das ordens jurídicas¹⁸², o referido autor mostrou que se “... existe uma relação de subordinação entre ordens jurídicas distintos, explica-se não por uma qualidade própria às ordens jurídicas em causa, mas pela relação hierárquica existentes entre as relações sociais cujos constituem a expressão. Por outras palavras, as relações de hierarquia entre ordens jurídicas apenas são o resultado e a expressão de relações de hierarquias entre as instituições às quais essas ordens pertencem, e não a causa ou a explicação das relações de hierarquia entre essas ordens”¹⁸³.

Consequentemente, desde que uma instituição esteja subordinada a uma outra que está posicionada num nível hierarquicamente superior, esta é logicamente fundada a estabelecer

181 Vide, JACQUES MOURGEON, *ibid.*, p. 41ss.

182 JACQUES MOURGEON mostrou claramente que não se pode explicar a subordinação das instituições secundárias pelo grau menor de generalidade da sua ordem jurídica (*idem*, p. 40). Além disso, toda tentativa realizada para relacionar as relações de subordinação entre instituições ao critério exclusivo da hierarquia das ordens jurídicas termina em resultados parciais (*id, ibid.*).

183 *Idem*, p. 41. Vide, também, BOBBIO, Norberto, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, *op. cit.*, p. 166. GEORGES SCELLE, em particular, conceptualizou este fenómeno através da figura de “Lei de hierarquia das ordens” em que “*Toda ordem jurídica complexa, isto é sobreposto a um determinado número de ordens jurídicas mais restritas ou mais especializadas, condiciona e prima necessariamente sobre essas ordens jurídicas subjacentes*” (“La notion d’ordre juridique”, *op. cit.*, p. 96). O sublinhado é nosso.

normas aplicáveis à instituição subordinada¹⁸⁴ o que introduz a ideia da *“autonomia relativa das instituições”*¹⁸⁵.

Assim, o Estado, como instituição primária predetermina as condições jurídicas da criação das instituições secundárias e os modos da sua actuação através nomeadamente, da regulamentação a ser aplicada por essas últimas. Neste caso, o Estado subordina a instituição menor *“... invocando a primazia dos seus fins que o autoriza a regulamentar antecipadamente ou a posteriori, com a finalidade de manter a instituição privada numa neutralidade social, ou de a fazer desaparecer se esta aparece anti-social porque contrária ao interesse público”*¹⁸⁶. É o que JACQUES MOURGEON chama de *“poder constituinte das instituições secundárias”*¹⁸⁷, isto é, o poder de limitar os seus fins e de estabelecer as normas fundamentais da sua organização bem como o seu processo de produção normativa. É o caso, em particular, das instituições administrativas estaduais que apesar de ser distintas ou diferenciadas, em alguns aspectos (por exemplos: administrações centrais e locais), fazem parte de uma ordem mais extensa, isto é, de uma instituição mas extensa por constituir elementos da mesma.

Além disso, o referido autor introduziu o critério do Poder de constrangimento que pertence a cada instituição para explicar a hierarquia das normas. Com efeito, a força constrangedora de uma norma jurídica não depende da sua essência ou do seu conteúdo. Esta característica é atribuída externamente porque provém da própria autoridade que a decretou e que lhe transmitiu o poder que é seu; como refere JACQUES MOURGEON: *“É porque a hierarquia*

184 MOURGEON, Jacques, *La répression administrative*, op. cit., p. 32.

185 ROMANO, Santi, *L'ordre juridique*, op. cit., p. 28. Para este autor: *“A autonomia das instituições não é necessariamente absoluta, ela pode apenas ser relativa; ela se concebe em função de pontos de vista que podem variar. Há instituições que apresentam-se como perfeitas, que, pelo menos fundamentalmente, são auto-suficientes e possuem a plenitude dos meios necessários aos seus fins que lhe são reservados.”*, id, ibid.

186 MOURGEON, Jacques, *La répression administrative*, op. cit., p. 45.

187 Id, ibid.

*das normas não resulta do grau de generalidade das suas prescrições, mas do mais ou menos grau de poder cujos são depositárias as autoridades que as decretam, seja que se tratasse do poder de comandar, seja que se tratasse do poder de usar do constrangimento material para executar o comando*¹⁸⁸. Por exemplo, se duas autoridades administrativas decretam normas jurídicas diferentes podendo usar ambas da coerção para obter a sua execução, mas se uma delas está subordinada a outra de forma a possuir um grau menor de comando (por exemplo, um Administrador de distrito em relação ao Conselho de Ministros), a norma estabelecida pela primeira autoridade (Conselho de Ministros) deve ser considerada como superior a emanando da segunda (Administrador de distrito), porque o poder da primeira é superior que o da segunda.

Do mesmo modo, se duas entidades diferentes decretam normas enquanto apenas uma delas pode usar da coerção para a sua execução, enquanto a outra não pode actuar de forma idêntica, deve-se deduzir que as normas decretadas pela segunda entidade são hierarquicamente inferiores a emanando da primeira, porque não se acompanham de uma força tão constrangedora¹⁸⁹. Consequentemente, como refere JACQUES MOURGEON: “... qualquer outra ordem jurídica, qualquer conjunto de normas jurídicas regulando um grupo, é necessariamente subordinado ou secundário porque

188 Idem, p. 41. Como ainda refere o autor: “... o Estado subordina as outras instituições, retendo o privilégio do exercício directo do poder de constrangimento. Deste ponto de vista, as instituições secundárias são, pelo contrário, sobre um pé de igualdade, nenhuma podendo, em princípio usar imediatamente da coerção sobre os seus membros ou sobre uma outra instituição”, id, ibid.

189 Idem, p. 42. O autor vai mais longe na sua demonstração: “Dans la société actuelle, seules les autorités de l’État sont habilitées à détenir le monopole de la contrainte matérielle pour assurer l’application des normes qu’elles édictent et qui jouissent ainsi du privilège d’être à la fois exécutoire et par elles-mêmes douées d’une vocation à l’effectivité”, id, ibid. Demais, a subordinação das instituições secundárias à instituição primária afecta substancialmente a sua possibilidade de usar da coerção com os seus membros. A instituição secundária é sempre sujeita às prescrições e supervisão da instituição primária, idem, p. 48.

*apenas pode beneficiar de uma efectividade mediata ou indireta, resultando da delegação ou da autorização que emana das autoridades da instituição primária*¹⁹⁰.

Todo isso conduziu a doutrina moderna a reflectir sobre a justificação desta exclusividade do Poder Público. A conclusão é de que esta é de natureza funcional¹⁹¹. O Estado caracteriza-se pela vocação de assumir e defender a totalidade dos interesses dos membros do “grupo estatal”. Esta finalidade implica a construção de uma autoridade à medida das exigências desta missão. As instituições nele integradas apenas têm uma finalidade limitada; como refere JACQUES MOURGEON: *“Não só a sua função apenas interesse um grupo restrito cujo cada um se compõe, mas sobretudo a obra a realizar não é, em princípio, identificável ao interesse geral, a menos que o Estado tenha confiado ao grupo secundário o cumprimento de algumas missões que lhe pertencem normalmente*”¹⁹². Nesta perspectiva, é lógico que a instituição secundária não pudesse, da sua própria iniciativa, nem atribuir-se, nem reivindicar o exercício da coerção que o Estado se reserva fundamentando na primazia da sua missão e que este aceita de delegar apenas se a missão do grupo secundário é necessária para a realização da ideia directriz que é o interesse público¹⁹³.

Além desses aspectos meramente estruturais e funcionais, dois instrumentos consolidam a subordinação da instituição administrativa secundária à instituição primária. Em primeiro lugar, trata-se da regulamentação decretada pela instituição primária (por exemplo, o Conselho de Ministros) para ser aplicada pelas instituições administrativas subordinadas porque *“... é da decisão*

190 Id, ibid.

191 Id, ibid.

192 Idem, p. 43.

193 Id, ibid.

*das autoridades da instituição primária que as instituições secundárias têm, directa ou indirectamente, a integralidade da sua ordem jurídica*¹⁹⁴. Em segundo lugar, a subordinação materializa-se, também, pelo controlo jurisdicional (jurisdição administrativa) exercido sobre a instituição secundária para garantir a boa aplicação da ordem jurídica estabelecida na regulamentação aprovada pela instituição primária¹⁹⁵.

Em todo caso, a subordinação à instituição primária é geral, e afecta todos os elementos da instituição administrativa; como assevera JACQUES MOURGEON: *“É primeira determinação da missão institucional que é realizada pela instituição primária que define as tarefas que lhe parecem apresentar um interesse público suficiente para ser consagradas em missões administrativas, em missões de serviço público. Portanto, todo que é acessório à missão e que permite a sua realização, isto é, a ordem jurídica e a estrutura institucionais, não resulta, como nas instituições privadas, de uma espécie de geração espontânea, mas do querer da instituição primária. É ela que decide do conteúdo da ordem jurídica, e que determina a estrutura, os órgãos, e as funções que serão as suas”*¹⁹⁶. A subordinação da instituição administrativa à instituição primária pode necessitar do uso da repressão.

194 Idem, p. 69.

195 Id, ibid.

196 Idem, pp. 69-70. MARCELO REBELO DE SOUSA não diz outra coisa quando escreve: *“O Estado-Administração, orienta e controla essas diferentes entidades públicas, bem como as instituições particulares de interesse público. Dirige algumas pessoas colectivas de Direito Público, que correspondem a meros serviços seus personalizados e que integram a Administração Pública directamente dependente do Estado. Sobre ela exerce poder de direcção, traduzido em ordens concretas ou instruções genéricas. (...) Por outro lado, o Estado-Administração orienta e controla um número maior de pessoas colectivas de Direito Público, que integram a Administração Pública dele indirectamente dependente, também, dita Administração indirecta do Estado. Sobre ela exerce poderes de superintendência e de tutela, ou seja, de orientação genérica e de controlo da respectiva actividade”, Lições de Direito Administrativo, Volume I, Lisboa, Lex, 1999, pp. 51-52.*

2. A relação de coordenação

Duas instituições primárias bem como duas instituições secundárias podem estabelecer relações igualitárias, sejam independentes umas das outras (por exemplo, dois Estados soberanos), seja numa situação de identidade de situação de subordinação numa instituição primária (por exemplo, duas autarquias locais num mesmo Estado). Esta situação subsume-se no “regime pactuário”¹⁹⁷, ou seja, o regime no qual as normas de coexistência são o produto de uma autolimitação recíproca¹⁹⁸. Por outras palavras, uma situação igualitária em termos de relações inter-institucionais exclui que uma instituição administrativa pudesse subordinar uma outra instituição administrativa.

b) SANTI ROMANO e o conceito de “relevância”

A pluralidade de instituições e, conseqüentemente, de ordenamentos jurídicos, implica a existência de relações inter-institucionais. Em particular, SANTI ROMANO construiu uma teoria dessas relações que, pela originalidade e a sua pertinência, permite melhor entender e compreender, por um lado, as relações entre instituições administrativas e, por outro lado, entre as mesmas e o Estado. Nesta perspectiva, o referido autor elaborou a “noção de relevância” de uma ordem para outra para analisar as relações que podem se estabelecer entre diferentes instituições ou ordens jurídicas¹⁹⁹.

A teoria da “relevância” carece de uma prévia definição (1.) antes de identificar a própria relação de relevância (2.) e a sua

197 BOBBIO, Norberto, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, op. cit., p. 165.

198 Sobre algumas situações especiais, vide, JACQUES MOURGEON, *La répression administrative*, op. cit., p. 49.

199 ROMANO, Santi, *L'ordre juridique*, op. cit., p. 106ss.

manifestação (3.); tudo isto numa perspectiva aplicada às instituições administrativas.

1. A definição da *relevância*

Para SANTI ROMANO para que haja relevância jurídica, “... é preciso que a existência, o conteúdo ou a eficácia de uma ordem seja conforme às condições estabelecidas por uma outra ordem: esta ordem vale para esta outra ordem jurídica apenas nos termos definidos para este último”²⁰⁰. Nesta perspectiva, o referido autor sublinha que a “relevância jurídica” não pode ser confundida com a importância de facto que uma ordem pode ter para outra ou, ainda, com a uniformidade material de várias ordens jurídicas, uniformidade que pode ser involuntária ou determinada por imperativos não jurídicos mas de carácter político, de conveniência ou de oportunidade²⁰¹. No caso contrário, isto é, nas situações em que os requisitos da “relevância” não são preenchidos, “... uma ordem apenas pode ser irrelevante para outra”²⁰².

200 Idem, p. 106. De uma forma muito próxima, GEORGES SCELLE referiu que: “*Todo sistema jurídico é auto-determinador; no sentido de determinar soberanamente as normas de conduta, os comportamentos humanos sujeitos à sanção*”(o sublinhado é nosso), “La notion d’ordre juridique”, op. cit., p. 97.

201 Id, *ibid.*

202 ROMANO, Santi, *ibid.*, p. 144. O autor confessa que o conceito de “irrelevância” apenas pode ser definido negativamente (*id, ibid.*). Em todo caso, a manifestação da irrelevância é bastante complexa. Primeiro, pode ser unilateral no sentido de uma ordem jurídica considerar uma outra como irrelevante quanto o mesmo concede-lhe uma determinada relevância (*idem*, p. 145). Segundo, a ordem jurídica da instituição primária/Estado pode reprimir e sancionar a formação de determinadas entidades como, por exemplo, as associações de malfeitores ou a formação de bandas armadas. Nesses casos, a ordem jurídica estatal reprime todas as entidades que ameaçam a sua existência ou, pelo menos, os bens que lhe interessa proteger. A instituição primária não reconhece essas entidades como “ordens jurídicas” – não lhe dá relevância - e pune com a mais grande intensidade as mesmas tomando em consideração determinadas situações de facto. Assim, como refere SANTI ROMANO: “... a oposição entre o direito do Estado e o direito interno de tais organizações atinge o seu mais alto grau de intensidade” (*id, ibid.*). Terceiro, uma instituição embora não reconhecida por uma outra, como sistema objectivo de direito objectivo, pode, no entanto, ser considerada como um facto lícito pela segunda e encontrar, na mesma, um estatuto, numa certa medida, numa das categorias estabelecidas por ela; como assevera

2. A relação de *relevância*

SANTI ROMANO identificou cinco (5) tipos de relações inter-institucionais nas quais podem manifestar-se a noção de “relevância”: a relação de superioridade e de dependência correlativas entre duas ordens (1), a relação na qual uma ordem é o pressuposto de uma outra (2), a relação na qual várias ordens independentes entre eles dependem de uma outra (3), a relevância conferida unilateralmente por uma ordem a uma outra cujo é independente (4) e a relação de sucessão entre várias ordens (5).

Quase todas essas relações podem manifestar a diversos graus, a funcionalidade da noção de relevância na análise das relações entre as instituições administrativas. Na primeira hipótese, trata-se da situação na qual uma instituição está num estado de subordinação e de inferioridade em relação a outra, que lhe é, conseqüentemente, superior²⁰³. É o caso, em particular, quando uma instituição administrativa está integrada numa outra e concorre para a sua formação, de tal modo que a ordem da primeira, encontra-se integrada na ordem de uma instituição mais alargada do que a segunda (por exemplo, a administração distrital ou provincial em relação à administração do Estado; a administração de um distrito urbano de uma autarquia local em relação à administração autárquica no seu todo). Ainda pode existir uma situação deste género quando uma administração subordinada e a administração que lhe é superior estão integradas numa terceira administração que lhes hierarquizam (por exemplo, a administração de um distrito está subordinada à administração de uma província ela próprio

SANTI ROMANO: “*Dans cette hypothèse, ce qui, considéré en soi e pour soi, est bien un ordre objectif, se mue, vu d’un autre ordre, en quelque chose de substantiellement différent*” (id, ibid.). O referido autor tomou como exemplo a organização de um estabelecimento industrial (idem, p. 146ss.).

203 Vide, supra 1., a).

subordina-se à administração central do Estado). A supremacia assim estabelecida e a subordinação que nasce correlativamente não têm sempre o mesmo grau e não desenvolvem os mesmos efeitos²⁰⁴. A instituição superior pode determinar as condições da existência e da validade da instituição subalterna que dependem dele; é o que faz o Conselho de Ministros, por exemplo, quando cria administrações distritais. Em todo caso, como refere SANTI ROMANO: “... quando duas ordens desenvolvem uma relação deste género, a mesma é evidentemente um título jurídico pelo qual uma é relevante em relação a outra, com um grau e com efeitos variáveis”²⁰⁵.

Na segunda hipótese, uma instituição pode ser pressuposto para uma outra (“instituição complexa”²⁰⁶), e isto, mesmo se continua a lhe ser subordinada. Esta situação parece não se encontrar nas administrações internas de um Estado unitário; SANTI ROMANO esclarece esta situação através dois exemplos: o da comunidade internacional que tem como pressupostos os Estados membros da mesma, o que significa que o direito internacional pressupõe o direito estatal como o direito de um Estado federal pressupõe o dos Estados membros da federação²⁰⁷.

Na terceira hipótese, dois ou mais instituições independentes nas suas relações directas dependem todas de uma instituição superior; como refere SANTI ROMANO, nesta situação, “... elas podem então serem reciprocamente relevantes pelo intermediário desta última porque ela as coordena”²⁰⁸; e o referido autor citou o exemplo do

204 ROMANO, Santi, *L'ordre juridique*, op. cit., p. 108.

205 Idem, p. 108.

206 Id, *ibid*.

207 Id, *ibid*. O referido autor esclarece, também: “*Mais il faut distinguer d'une part, le présumé nécessaire et essentiel, dont la disparition entraîne celle de l'autre ordre, et, d'autre part, le présumé qui ne fait qu'influer sur son contenu ou sur certains de ses éléments*”, *id, ibid*.

208 Id, *ibid*.

Direito Internacional. Contudo, não é apenas o Direito Internacional que oferece este tipo de situação. A organização administrativa de um Estado unitário oferece, também, exemplos desta hipótese; por exemplo, duas autarquias locais são “independentes” nas suas relações directas; cada uma constitui uma instituição autónoma em relação a outra e a primeira não depende da segunda para o exercício das suas competências ou a sua produção normativa (Artigo 278 da Constituição), mas todas as autarquias locais são criadas por lei (Artigo 274 da Constituição) e estão sujeitas à tutela do Estado e, assim, dependem de uma ordem que lhe é superior (Artigo 277 da Constituição).

Na quarta hipótese, uma ordem subordina um determinado conteúdo ou eficácia dela a uma ordem independente dela mas que torna-se relevante para ela; como refere SANTI ROMANO: “*Neste caso, trata-se de uma relevância unilateral*”²⁰⁹. O Direito Internacional Privado oferece vários exemplos desta natureza²¹⁰.

Finalmente, uma ordem pode ser relevante para outra porque a mesma integrou-se nela, cessando de existir mas determinando a estrutura daquela que a integrou²¹¹.

3. A manifestação da relevância

A relevância manifesta-se sob três (3) aspectos essenciais: a existência (3.1.), o conteúdo (3.2.) ou a eficácia (3.3.) dessas mesmas ordens²¹².

209 Idem, p. 109.

210 É comum referir que um Estado, de si mesmo, por iniciativa própria, pode conceder na sua ordem jurídica, um determinado efeito a normas oriundas de uma ordem de um outro Estado.

211 ROMANO, Santi, *L'ordre juridique*, op. cit., p. 109.

212 Idem, p. 109ss.; DELVAUX, Paul, “*Sur l'ordre juridique de Santi Romano*”, APD tome 24. *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, p. 387ss.

3.1. A existência como aspecto da relevância

A existência de uma ordem pode depender de uma outra, em dois casos: ou esta ordem está subordinada a uma outra; ou uma ordem é o pressuposto necessário de uma outra.

Na primeira hipótese, uma ordem domina outra “absolutamente”²¹³, ou seja, “... *se todos os seus limites dependem unicamente da ordem superior*”²¹⁴. Contudo, esta “absoluteza” é susceptível de grau: ou existe uma subordinação completa da primeira sobre a segunda; ou a primeira ordem pode conceder um autonomia limitada à segunda. No primeiro caso, a instituição superior determina, ela própria, directamente, a existência da instituição subordinada e constitui a sua fonte jurídica imediata. É a situação, da maior parte dos serviços ministeriais e serviços administrativos subalternos cuja existência dependem directamente da aprovação de decretos do Presidente da República²¹⁵. No segundo caso, a instituição primária concede à instituição secundária o poder de criar, ela própria, a sua própria ordem jurídica; é o que chama-se “autonomia”²¹⁶. SANTI ROMANO colocou, de forma cristalina, o regime fundamental desta situação: “*Mas mesmo neste último caso, apenas se tratará de uma autonomia circunscrita, limitada, e sobretudo condicional. As vezes, com efeito, os princípios essenciais, aqueles que sustentam a existência da instituição, serão estabelecidos pela instituição superior de forma que a ordem da instituição subordinada seja estabelecida por ela própria, não para o todo, mas apenas para algumas partes mais ou*

213 ROMANO, Santi, *ibid.*, p. 110. Vide, também, BOBBIO, Norberto, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, op. cit., p. 167.

214 ROMANO, Santi, *ibid.*, p. 113.

215 De acordo com a alínea c) do n.º 1 do Artigo 160 da Constituição: “1. *No domínio do Governo, compete ao Presidente da República: (...) c) criar ministérios e comissões de natureza inter-ministerial*”.

216 ROMANO, Santi, *L'ordre juridique*, op. cit., p. 110.

menos secundárias. De qualquer modo, a ordem superior determinará as condições de validade da ordem subordinada"²¹⁷.

Encontram-se exemplos significativos dessas relações nas situações de pessoas colectivas de Direito Públicas subordinadas ao Estado. Por exemplo, é esta relação que existe entre o Estado e as autarquias locais. É o Estado (o legislador) que, nos termos da Constituição, cria essas instituições (Artigo 274 da Constituição²¹⁸) e constitui a fonte imediata, pelo meio do poder legislativo, dos princípios essenciais que sustentam a sua existência (artigos 275, 276, 279, 280 da Constituição)²¹⁹. A autonomia das autarquias locais (Artigo 8 e n.º3 do Artigo 276 da Constituição) não é originária. A mesma foi atribuída pelo Estado e apenas pode se exercer dentro dos limites determinados pelo mesmo (Artigo 278 da Constituição). Além disso, o poder regulamentar das autarquias locais - exercido através de "regulamentos"²²⁰- desenvolve-se "*... no limite da Constituição, das leis e dos regulamentos emanados das autoridades com poder tutelar*" (Artigo 278 da Constituição).

Na segunda hipótese, trata-se de uma situação inversa à hipótese anterior. Com efeito, trata-se de uma situação de dependência da ordem superior em relação à ordem subordinada: "*... a ordem subordinada é um pressuposto da ordem superior*"²²¹.

217 Id, ibid.

218 Vide, por exemplo, Lei n.º 11/2013: Cria novos Municípios, B.R., 3 de Junho de 2013, Suplemento, I Série - N.º 44.

219 A instituição primária/Estado criou ela mesmo, para satisfazer a necessidade de uma normatização sempre actualizada, novos centros de produção jurídica, atribuindo a entidades territoriais autónomas e personalizadas o poder de estabelecer normas adaptadas às necessidades locais subordinadas às legislativas e as vezes, regulamentares. Para parafrasear NORBERTO BOBBIO, trata-se de "*... uma autolimitação do poder soberano, o qual subtrai a si próprio uma parte do poder normativo para dá-lo a outros órgãos ou entidades, de alguma forma, dele, dependentes. Pode-se falar neste caso de limite interno do poder normativo originário*", *Teoria do Ordenamento Jurídico*, op. cit., p. 42.

220 Alínea a) do n.º 3 dos artigos 45 e 77 da Lei n.º 2/97, de 18 de Fevereiro.

221 ROMANO, Santi, *L'ordre juridique*, op. cit., p. 115.

Contudo, esta relação não aparece na esfera das relações administrativas num Estado unitário como, por exemplo, Moçambique. As ordens jurídicas das instituições administrativas subordinadas ao Estado não condicionam a sua existência. De facto, SANTI ROMANO, exemplifica esta categoria de relações com os exemplos das ordens dos Estados com o Direito Internacional e das relações dos Estados membros e do Estado federal²²². Por outras palavras, no Estado unitário descentralizado, como Moçambique, não existe uma situação de dependência da instituição primária/Estado em relação as ordens jurídicas das instituições subordinadas; como ordens jurídicas subordinadas, as mesmas não constituem o pressuposto da ordem jurídica estatal.

3.2. A relevância de uma ordem jurídica em relação a uma outra quanto a seu conteúdo

Em termos de conteúdo, existe uma grande diversidade de situações teóricas em que uma ordem jurídica pode ser relevante para uma outra ordem jurídica²²³. Contudo, apenas serão evocadas as situações que interessam, directamente, as relações inter-institucionais administrativas.

Em primeiro lugar, hipótese anteriormente mencionada, a instituição primeira/Estado determinada directamente ou indirectamente o conteúdo da ordem jurídica de uma instituição administrativa secundária. Por exemplo, o Estado exerce uma influência sobre a ordem jurídica autárquica, seja constituindo imediatamente o seu conteúdo pelo meio das suas leis ou regulamentos²²⁴, ou seja, enquadrando o regime da sua autonomia.

222 Idem, p. 114ss.

223 Idem, p. 119ss.

224 Vide, por exemplo, Lei n.º 2/97: Aprova o quadro jurídico para implementação das autarquias locais, B.R., 18 de Fevereiro de 1997, 2.º Suplemento, I Série – N.º 7; Lei n.º 1/2008: Define o regime financeiro, orçamental e patrimonial das autarquias lo-

Com efeito, o legislador ordinário, em particular, pode estabelecer condições relacionadas com o conteúdo desta autonomia.

Em segundo lugar, a ordem jurídico-administrativa de um Estado pode ser influenciado pelo conteúdo de uma outra ordem jurídica; por exemplo, o Direito da Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral (SADC) pode ter uma influência sobre a estrutura das instituições administrativas subordinadas dos seus Estados Membros²²⁵.

Em terceiro lugar, a ordem jurídica da instituição primária/Estado é, em razão da sua primazia, relevante para o conteúdo da ordem jurídica de instituições subordinadas – por exemplo, institutos públicos – que pode ser igualmente relevante para o primeiro em virtude das próprias normas estatais. Com efeito, no exemplo dos institutos públicos, os mesmos aparecem como entidades tecnicamente descentralizadas e constituem serviços subsidiários do Estado – “Administração indirecta do Estado”²²⁶ – o que faz com que o Estado contando sobre a sua existência e suas actividades, dispensa-se de actuar directamente constituindo órgãos próprios – “Administração Directa do Estado”²²⁷ – para exercer funções já exercidas por essas entidades no interesse do Estado. Esse exemplo, ilustra, claramente, uma situação de influência recíproca de duas

cais e o Sistema Tributário Autárquico, B.R., 16 de Janeiro de 2008, I Série – N.º 3; Decreto n.º 51/2004: Aprova o Regulamento de Organização e Funcionamento dos Serviços Técnicos e Administrativos dos Municípios, B.R., 1 de Dezembro de 2004, Suplemento, I Série – N.º 48.

225 Por exemplo, o Estatuto-Modelo para os bancos centrais aprovado pela SADC, na perspectiva da harmonização dos regimes jurídicos dos estatutos dos bancos centrais dos Estados Membros, teve uma influência sobre o respectivo estatuto dos bancos centrais dos Estados Membros desta organização regional, vide, CISTAC, Gilles, “Contribuição para a elaboração de uma estratégia para a harmonização do Direito económico e comercial na SADC”, em, CISTAC, Gilles, *Aspectos Jurídicos da Integração Regional*, Maputo, Escolar Editora, 2012, p. 89ss.

226 SECÇÃO III do CAPÍTULO VII da Lei n.º 7/2012, de 8 de Fevereiro que aprova a Lei de Base da Organização e Funcionamento da Administração Pública, B.R., 8 de Fevereiro de 2012, I Série – n.º 6.

227 CAPÍTULO II da Lei n.º 7/2012, de 8 de Fevereiro.

instituições cuja uma, dependendo ao mesmo tempo da outra, reage sobre ela, e obriga a outra em tomar em conta a sua existência e suas actividades.

Em quarto lugar, há, também, manifestação de uma relação de relevância quando uma ordem jurídica de uma instituição incorpora-se numa outra²²⁸. É o caso, por exemplo, no fenómeno de nacionalizações de empresas privadas ou de criação de autarquias locais ou de novos distritos. Nessas situações, uma determinada instituição se constitui – por exemplo, criação de uma autarquia local - ou acresce-se de tudo ou parte dos elementos de uma outra instituição – por exemplo, nacionalização de uma empresa privada. Trata-se, objectivamente, de um fenómeno de “sucessão”²²⁹ entre instituições consideradas como ordens jurídicas o que se materializa, concretamente, pela união de ordens jurídicas até então distintos. Nesta perspectiva, um Estado, por exemplo, que nacionaliza uma empresa privada anexa uma verdadeira ordem jurídica que se torna, deste modo, uma parte do seu, e, conseqüentemente, modifica, pelo mesmo, a sua ordem jurídica. Depois de ser autónoma, a ordem jurídica da empresa nacionalizada faz parte integrante do Estado nacionalizante no qual se encontra o seu fundamento jurídico, como as outras ordens jurídicas constitutivas dele. Conseqüentemente, existe uma transferência para o Estado Nacionalizante dos direitos e obrigações que tinham o seu fundamento inicial na ordem jurídica da empresa nacionalizada.

3.3. A relevância de uma ordem para uma outra quanto a seus efeitos

As relações entre ordens jurídicas institucionais administrativas podem ser estudadas do ponto de visto da relevância dos efeitos

228 ROMANO, Santi, *L'ordre juridique*, op. cit., p. 132ss.

229 Idem, p. 133.

de uma daquelas ordens jurídicas em relação às outras. SANTI ROMANO teorizou as diversas situações tomando em conta a estrutura utilizada no que concerne o estudo da existência de uma relação de relevância²³⁰. No que concerne as relações inter-institucionais administrativas, duas relações destacam-se, em particular, do ponto de vista dos efeitos.

Em primeiro lugar, na hipótese em que duas instituições administrativas são numa relação de superioridade ou, correlativamente, de subordinação, parece evidente que a instituição superior ou primária poderá determinar qual eficácia a mesma pode ou deve ter para a instituição subordinada e, inversamente, a eficácia que a ordem jurídica desta última possui para ela. Assim é das leis do Estado e, em particular, da Lei Constitucional, que dependerá o valor de uma norma administrativa estadual para uma autarquia local, e aquela que um regulamento autárquico, terá para o Estado (Artigo 278 da Constituição).

Em segundo lugar, existe a hipótese das relações entre ordens jurídicas de instituições diferentes autónomas ou independentes. No primeiro caso, pode se levantar a questão dos efeitos que pode atribuir uma instituição administrativa autónoma em relação a outra, por exemplo, *“A dependência de dois ordenamentos, entre si autónomos, de um terceiro superior que os coordena no mesmo plano; por exemplo, duas instituições de assistência numa mesma autarquia local”*²³¹. No segundo caso, o facto de estar na presença de duas ordens jurídicas independentes, por exemplo, os direitos internos de Estados, não prejudica a existência de disposições particulares que atribuam relevância ao direito de outros Estados, reconhecendo a regulamentação que os mesmos fazem de algumas matérias e

230 Idem, p. 135ss.

231 REBELO DE SOUSA, Marcelo, “Pluralidade dos ordenamentos jurídicos”, op. cit., p. 8.

abstendo de legislar sobre esta matéria. Este reconhecimento implica que uma determinada eficácia seja atribuída ao direito estrangeiro aplicável²³². É o caso, por exemplo, em matéria de contratos públicos internacionais²³³ em que ordens jurídicas internas reconheceram a relevância de normas de direito estrangeiro para regular contratos de natureza administrativa²³⁴.

CONCLUSÃO

A apresentação de uma teoria da “Instituição administrativa” pode parecer, *a posteriori*, como de uma grande complexidade. Contudo, esta teoria deve reivindicar e justificar a sua complexidade e dar, assim, todo seu sentido à “complexidade da Administração Pública e do seu Direito”.

Por outras palavras, a questão central e desafiante é, pois, de saber se a teoria da “Instituição administrativa”, como modo de pensamento explicativo do fenómeno administrativo no seu todo, é capaz de levar o desafio da complexidade da organização e do funcionamento das administrações públicas e da produção das suas normas.

Em primeiro lugar, confessar o facto de a teoria da “Instituição administrativa” ser uma construção complexa não afasta, forçosamente, a sua simplicidade. Pelo contrário, a teoria da “Instituição administrativa” constrói-se na simplicidade dos seus objectivos: por

232 Vide, também, BOBBIO, Norberto, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, op. cit., p. 171.

233 Sobre a noção, vide, por exemplo, MOURA VICENTE, Dário, “Direito aplicável aos contratos públicos internacionais”, em, AA. VV., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano - No Centenário do seu Nascimento*, Volume I, Coimbra Editora, 2006, pp. 289-311.

234 BRENET, François, “L’utilisation extraterritoriale des critères jurisprudentiels du contrat administratif: le contrat administratif “français” à l’étranger”, p. 9ss. Disponível em: <<http://www.sciencespo.fr/chaire-madp/content/seminaires-droit-public-compare-europeen-et-global>>. Acesso em: 29-01-2013; MOURA VICENTE, Dário, *ibid.*, p. 307ss.

ordem, clareza e precisão no processo de conhecimento do fenómeno da Administração Pública nas suas diversas dimensões organizativas, normativas e relacionais. Enquanto o pensamento “simplificador” desintegra a complexidade da realidade administrativa, pela redução ou separação de fenómenos ou situações dentro do aparelho administrativo que se relacionam de forma evidente e efectiva, para “simplificar” a análise institucional, pelo contrário, tenta evitar a desintegração do “real administrativo” e, explicar as articulações entre a diversidade de estruturas administrativas e a sua lógica, bem como as relações que as mesmas podem construir com outras do mesmo género ou outras entidades totalmente distintas.

Por outras palavras, à questão: “Será que se deve optar, a todo custo, para dar uma interpretação simplificadora de um fenómeno complexo como o da Administração Pública?”, um princípio de resposta epistemológica encontra-se, pelo menos, na obra de EDGAR MORIN quando aborda a questão do conhecimento científico, o mesmo especifica: *“Mas se parecia que os modos simplificadores do conhecimento mutilam mas do que expressam as realidades ou os fenómenos cujo tomam conta, se tornam evidente que eles produzem mas cegueira do que elucidação, então surge o problema: como encarar a complexidade de forma não simplificadora?”*²³⁵. Assim, simplificar demais o fenómeno da organização e do funcionamento das administrações públicas não contribui para o seu entendimento real. O fenómeno administrativo reconhecido como complexo deve ser pensado “complexamente”.

Em segundo lugar, se o pensamento complexo é indissociável da “multidimensionalidade”²³⁶ que implica a tomada em conta das articulações entre disciplinas científicas agregadas pelo seu objecto (comum) a pesquisar, não se pode negar a grande força de

²³⁵ MORIN, Edgar, *Introduction à la pensée complexe*, Paris, Éditions du Seuil, 1990 ESF éditeur, 2005, p. 9.

²³⁶ Idem, p. 11.

MAURICE HAURIOU quena elaboração da sua teoria da instituição chamou para ele um complexo de disciplinas diversas além do Direito (filosofia, sociologia, física, termodinâmica) que contribuíram e, ao mesmo tempo, lhe permitiram elaborar um pensamento aberto do fenómeno administrativo.

Com esses pressupostos estabelecidos, será que a teoria da “Instituição administrativa” conseguiu dissipar toda a obscuridade em relação à natureza da Administração Pública e à produção do Direito Administrativo?

Reconhecer, em primeiro lugar, que a Administração Pública é um “sistema aberto”²³⁷ no sentido de que, o mesmo, toma em conta o seu ambiente, o que explica, de uma certa forma, a sua possibilidade de evolução através, nomeadamente, da mudança das suas estruturas internas. É, particularmente, o caso, no que concerne a morfologia das estruturas das administrações públicas, que historicamente, passou de um modelo centralizado para um modelo descentralizado, incluindo, recentemente, a dimensão participativa do cidadão. Por outras palavras, se a realização do interesse público, que constitui a ideia directriz da instituição administrativa, é melhor concretizada através de estruturas ou combinação de estruturas distintas que foram criadas como respostas às interacções externas que influíram sobre o próprio conteúdo do interesse público; isto significa que a “instituição administrativa” constitui um “sistema aberto”.

Em segundo lugar, a existência de um “sistema aberto” coloca um problema agudo de metodologia. Isto é, é necessário recorrer a instrumentos conceptuais capazes de tomar em conta esta característica na sua globalidade, e ao mesmo tempo, pensar na singularidade, a sua vertente jurídica.

237 MORIN, Edgar, “Le dessin et le dessein complexes”, em, *Introduction à la pensée complexe*, op. cit., p. 29ss.

Esta forma de aproximação do problema implica a elaboração de “macro-conceitos”²³⁸ que permitem ter uma visão coerente dos fenômenos jurídico-administrativos. A teoria da *Instituição* como “Macro-conceito” permite pensar por solidariedade de conceitos, articulando-os num todo coeso. É neste sentido que a mesma pode ser considerada como “Macro-conceito”. Contudo, isto não significa que a teoria da *Instituição* é um “Macro-conceito” acabado ou fechado. Pelo contrário, esta teoria tem uma grande capacidade de auto-organização o que faz com que a mesma pode acompanhar o crescimento da “abertura” da Administração Pública e sua complexificação. Isto induz uma conclusão comum a todo sistema “auto-organizador”²³⁹, a teoria da *Instituição* apenas pode ser lógica, totalmente, introduzindo os *inputs* externos. Assim, a teoria da *Instituição* não pode ser considerada acabada, fechada ou auto-suficiente, o que faz com que a sua natureza “complexa” convida sempre o investigador a se interrogar sobre o seu desenvolvimento.

Submetido em: 03 Abr 2015

Processos de Aprovação: Convite e homenagem *In Memoriam*,
aprovado pelo Conselho Editorial

Aprovado em: 01 Ago 2015

Obs: Publicação retroativa

Organizador: Enoque Feitosa

Editor: José Ernesto Pimentel Filho

Nota de revisão: Mantivemos o Português original

238 MORIN, Edgar, “Le paradigme de complexité”, em, *Introduction à la pensée complexe*, op. cit., p. 97ss.

239 MORIN, Edgar, “Le dessin et le dessein complexes”, op. cit., p. 46.

Administration and Legal Pluralism

Gilles Cistac

Abstract: The legal pluralism theories and, in particular, its institutional component constitute adequate instruments to evaluate the complexity of the administrative structures galaxy and their relations, and provide a pertinent answer to the relation between the one “Public Administration” and the diversity “public administrations”. The administrative institution theory, besides its imperfections, provides, for the understanding of the phenomenon of administrative organization, a useful and strong foundation of its intelligence.

Keywords: institution; administrative institution; disciplinary law.